



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La función de la protección diplomática en la
sociedad internacional del siglo XXI.
Análisis de los elementos principales de la
institución y de la práctica española

Autor

Ismael Tornos Millán

Director

Sergio Salinas Alcega

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza
2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	6
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	6
2. RAZON DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	6
3. METODOLOGÍA.....	9
II. LA INSTITUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL	10
1. EL CONCEPTO DE PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	10
2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	11
2.1. El debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de la protección diplomática.....	11
2.2. La posición adoptada en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional	14
2.3. El carácter dual de la naturaleza jurídica de la protección diplomática	15
3. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA.....	16
4. LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA.....	19
4.1. La nacionalidad del perjudicado.....	19
4.2. El agotamiento de los recursos internos del Estado infractor	20
4.3. La correcta conducta del particular	21
5. LA PERCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DESDE EL PLANO INTERNO DE LOS ESTADOS	21
III. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	24
1. MARCO NORMATIVO	24
2. LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	26
2.1. La nacionalidad española del perjudicado.....	26
2.2. La excepción al requisito de la nacionalidad: los refugiados y los apátridas	27
3. CONSIDERACIONES SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	29
3.1. La discrecionalidad del ejercicio de la protección diplomática en el ordenamiento jurídico español	29

3.2. La sujeción de la actuación del Estado a control jurisdiccional.....	31
4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR INACTIVIDAD EN CASO DE NO EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA.....	33
4.1. La posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial a la Administración.....	33
4.2. Los supuestos en los que cabe la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública	35
4.3. El nexo causal.....	36
4.4. Los requisitos para la exigencia de responsabilidad	37
4.5. La responsabilidad patrimonial de la Administración por la celebración de acuerdos de compensación global.....	37
4.6. Otros casos de protección diplomática en la jurisprudencia española	40
IV. CONCLUSIONES.....	44
V. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES DE CONSULTA	48
VI. ANEXOS	54

ABREVIATURAS

AJI	Asesoría Jurídica Internacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDI	Comisión de Derecho Internacional
coord.	Coordinador
dir.	Director
ed.	Edición
FJ	Fundamento Jurídico
MAEC ..	Ministerio de Asuntos Exteriores
núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
TS	Tribunal Supremo
vid.	Véase

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

La aprobación del Proyecto de artículos sobre protección diplomática¹ por la Comisión de Derecho Internacional - en adelante CDI- en 2006 es considerado por la doctrina como uno de los avances más importantes hasta la fecha en lo que respecta a esta institución clásica del Derecho Internacional Público. A pesar de su reciente tratamiento en el seno de la CDI, la protección diplomática, tal y como ha sido recogida en el Proyecto de artículos, mantiene el carácter tradicional de su configuración *ab initio*, lo que lleva a definirla como la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado a uno de sus nacionales a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito. No obstante, partiendo del hecho de que la sociedad internacional actual poco tiene que ver con aquella en la que se concibió inicialmente la protección diplomática, resulta interesante conocer cuáles son los elementos característicos de la protección diplomática tal y como han sido configurados por la CDI así como el debate que en torno a ellos gira, en un intento por determinar en qué medida se adapta dicha institución a las necesidades de la sociedad internacional del siglo XXI.

Además, en tanto en cuanto aún no se ha adoptado una convención internacional al respecto, y teniendo en cuenta que el Estado español a la hora de brindar asistencia y protección a sus nacionales en el extranjero ha de acudir tanto a las normas de Derecho internacional como a las normas que emanan de su ordenamiento jurídico interno, es pertinente conocer también el tratamiento normativo y jurisprudencial que el ordenamiento jurídico español da a esta figura del Derecho Internacional.

El objeto de este estudio es, por tanto, analizar el régimen jurídico de la protección diplomática tanto desde la perspectiva del Derecho internacional como del ordenamiento jurídico español.

2. RAZON DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

La Asamblea General de Naciones Unidas ha continuado estudiando y promoviendo la regulación de la figura de la protección diplomática más allá de la

¹ *Protección diplomática. Títulos y textos de los proyectos de artículos sobre la protección diplomática adoptados por el Comité de Redacción en segunda lectura.* Doc. A/CN.4/L.684 de 29 de mayo de 2006.

aprobación del Proyecto de artículos de 2006. En este sentido, tras las observaciones formuladas por los gobiernos con respecto a la posibilidad de aprobar una convención internacional sobre la figura, se decidió incluir la protección diplomática en el programa provisional de futuros periodos de sesiones y en el marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión². La Sexta Comisión analizó la cuestión en sus sesiones 9ª, 10ª, 31ª y 32ª celebradas entre octubre y noviembre de 2016.

De esta forma, se observa como a pesar de la antigüedad que caracteriza a la institución de la protección diplomática, siendo considerada una figura clásica en este sentido, su relevancia sigue estando presente en la sociedad internacional. No obstante, dicha presencia se vuelve controvertida por varios motivos.

En primer lugar, porque a pesar del reconocimiento estatal del valor del Proyecto de artículos de la CDI, no existe todavía un consenso sobre la elaboración de la Convención internacional debido a las discrepancias existentes en diversos aspectos tales como la relación entre la protección diplomática y la responsabilidad internacional del Estado, la discrecionalidad del Estado o el hecho de que la convención no es el único resultado posible³.

En segundo lugar, porque el carácter expansivo del Derecho internacional contemporáneo permitiendo la presencia directa de los particulares en el sistema jurídico internacional lleva a algunos autores a cuestionar la función y eficacia de la protección diplomática⁴. El reconocimiento de legitimación activa a los particulares en los convenios de derechos humanos contemporáneos y a los inversionistas en los tratados internacionales trae como consecuencia directa la sustitución de la protección diplomática como mecanismo de defensa del particular por tales elementos.

Además, se hace hincapié en que la protección diplomática en tanto que procedimiento discrecional ha de tener un carácter subsidiario y residual de otros en los que no se someta al arbitrio político la posibilidad de ver resarcida la pretensión⁵.

² Vid. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 65/27, de 10 de enero de 2011, y 68/113, de 18 de diciembre de 2013.

³ ALCOCEBA GALLEGU, A., *La protección diplomática de los Derechos Humanos: la necesaria reformulación de una institución clásica de Derecho internacional público*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 19.

⁴ QUEL LÓPEZ, F. J., «El agotamiento de los recursos internos. Criterios uniformes de aplicación de la jurisprudencia y de la codificación internacional» en VVAA, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, p. 345.

⁵ *Ibidem*, p. 347.

No obstante, a pesar de estas consideraciones, el Relator Especial del Proyecto de artículos, John DUGARD, sostiene que los instrumentos arriba mencionados son insuficientes para garantizar una protección completa y eficaz aduciendo que: «[...] hasta que la persona adquiriera derechos procesales amplios al amparo del derecho internacional, abandonar la protección diplomática significaría un retroceso de los derechos humanos»⁶. En este sentido, la protección diplomática según DUGARD: «[...] constituye un medio potencial de proteger millones de extranjeros que no puedan recurrir a los organismos internacionales, así como un mecanismo de protección más eficaz para aquellos que tienen acceso a los recursos, frecuentemente ineficaces establecidos en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos». Junto a esta consideración, otros autores entienden que la relevancia que puede llegar a tener hoy en día la protección diplomática reside principalmente en su carácter político, pues la protección a iniciativa de un Estado siempre ejerce una presión sobre el Estado internacionalmente responsable que cruza la frontera de lo meramente jurídico⁷.

A la luz de los diferentes escritos que versan sobre la protección diplomática, independientemente de la posición que adoptan con respecto a ella, parece quedar claro que se trata de una figura especialmente relevante desde el punto de vista del Derecho internacional. De ahí que un análisis de sus elementos principales así como de su implementación en el ordenamiento jurídico español resulte más que pertinente, sobre todo si permite ayudar a la comprensión de la institución y ver en qué medida es necesaria una reformulación para adaptarse a los requerimientos de la sociedad internacional.

Con todo lo anterior se justifica el interés que el análisis de esta institución puede llegar a suscitar actualmente. La razón de su elección puede resumirse en la intención del autor de este trabajo de profundizar sus conocimientos de Derecho internacional y, de una forma más concreta, de ahondar en aquellos temas que puedan tener relevancia de cara a la preparación de las oposiciones a la Carrera Diplomática, teniendo siempre presente la diferencia de ámbito entre las funciones de un diplomático y la regulación y ejercicio de la protección diplomática, que tienen carácter estatal.

⁶ CDI, *Primer informe sobre la protección diplomática*, John Dugard, Relator Especial, 52º periodo de sesiones, A/CN.4/506, párrafo 29.

⁷ VERMEER-KÜNZLI, A., «As If: The legal fiction in Diplomatic Protection», *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 66 y ss.

3. METODOLOGÍA

La metodología seguida en el presente trabajo consiste en un método analítico y descriptivo. De esta forma, se pretende analizar los elementos fundamentales de la institución de la protección diplomática desde una doble perspectiva: la del Derecho internacional y la del ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, el presente trabajo trata de realizar una síntesis y revisión de los aspectos más llamativos de la protección diplomática desde el punto de vista del Derecho internacional. Por ello, tomando como base el Proyecto de artículos de la CDI, diferentes sentencias del Tribunal Internacional de Justicia y varios artículos doctrinales, se centra la atención del trabajo en cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de la protección diplomática, a la discrecionalidad del Estado en lo que respecta al ejercicio de la protección diplomática, a los requisitos necesarios para su ejercicio y, a modo de enlace con el siguiente apartado, se hace hincapié también en las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos internos a la hora de implementar esta figura.

En segundo lugar, tras la constatación de que el ejercicio de la protección diplomática se regula de forma distinta según el ordenamiento interno de cada Estado, el presente trabajo procede a realizar un análisis de cómo se articula la institución de la protección diplomática desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español. Para ello, se procede al análisis del marco normativo en el Derecho interno. Sin perjuicio de las referencias que se hacen en el desarrollo de esta parte del trabajo a los requisitos de ejercicio desde el punto de vista del ordenamiento español o a la obligatoriedad de ejercicio, el grueso del segundo apartado se centra en analizar la cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por inactividad en caso de no ejercicio de la protección diplomática.

Finalmente, el autor del presente trabajo pasa a exponer una serie de conclusiones relativas a la función y la configuración actual de la protección diplomática en la sociedad internacional del siglo XXI.

II. LA INSTITUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. EL CONCEPTO DE PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

La protección diplomática se configura como una institución de carácter consuetudinario que, habiendo sido el único mecanismo posible de defensa del individuo en el ordenamiento jurídico internacional hasta el reconocimiento de cierta legitimación activa y de derechos sustantivos a la persona⁸, busca la defensa de los nacionales de un Estado que ven lesionados sus derechos como consecuencia de la vulneración de una obligación internacional por parte de otro Estado

Esta concepción de la protección diplomática como instrumento de defensa es la que recoge el artículo 1 del Proyecto de artículos sobre protección diplomática de la CDI, que pasa a definirla como: «[...] la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado a uno de sus nacionales a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito»⁹. Así, el citado artículo enuncia un mecanismo de invocación de responsabilidad internacional, esto es, una reclamación hecha entre Estados¹⁰ a la que la doctrina exige que tenga un carácter formal con el fin de diferenciarlo de otras figuras similares¹¹. En este sentido, la necesidad de la formalidad de la reclamación se trata en los comentarios al artículo 42 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, donde la CDI afirma que: «[...] un Estado no invoca la responsabilidad de otro tan solo porque critica a dicho Estado por una violación y pide que se cumpla la

⁸ La irrupción del individuo en el contexto jurídico internacional como sujeto de derechos humanos y libertades es mencionada en la mayoría de las obras consultadas en la elaboración de este estudio. *Vid.* CONDOLLERI, L., «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique» en FLAUSS, J.F. (dir.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 2003; QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2002.

Vid. también el análisis pormenorizado del reconocimiento de derechos sustantivos a la persona en el ámbito del Derecho Internacional que se realiza en ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del Derecho Internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 16, notas al pie núm. 29 a 31.

⁹ *Protección diplomática. Títulos y textos de los proyectos de artículos sobre la protección diplomática adoptados por el Comité de Redacción en segunda lectura*. Doc. A/CN.4/L.684 de 29 de mayo de 2006, p. 2.

¹⁰ CDI, *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 58a. sesión, A/61/10, 2006, p. 26.

¹¹ CRESPO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en el Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 299, nota al pie núm. 426.

obligación»¹². Se señala que: «[...] los contactos diplomáticos oficiosos no equivalen a invocar responsabilidad a menos que impliquen reclamaciones concretas del Estado»¹³.

Teniendo todo lo anterior presente, la protección diplomática se ha configurado como una institución cuyo fin esencial, en el marco de la responsabilidad internacional de los Estados, es la protección de los derechos e intereses del Estado en la persona de sus nacionales. Así, se ha llegado a afirmar que: «[...] el objeto inmediato de esta actuación tuitiva es el de mitigar las desventajas e injusticias que las personas naturales y jurídicas que se hayan fuera de la jurisdicción de su Estado de nacionalidad puedan parecer»¹⁴ o, también, que dicho objeto consiste en permitir al: «[...] Estado hacer valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el Derecho Internacional respecto de la persona de sus nacionales »¹⁵.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

La comprensión de la institución de la protección diplomática ha de pasar también por hacer referencia a su naturaleza jurídica pues es ahí donde se ha generado un amplio debate doctrinal en lo que respecta a considerar la protección diplomática bien como un derecho propio del Estado o bien como un derecho propio de la persona y, por tanto, un deber del Estado.

2.1. El debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de la protección diplomática

La concepción tradicional de la protección diplomática entiende a esta como un derecho propio del Estado y no de sus nacionales. Dicha aseveración encuentra su origen más remoto en la ficción jurídica según la cual: «[...] cualquiera que maltrate a un ciudadano, perjudica indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano »¹⁶. Así, esta tesis expuesta por Vattel en 1758, convertida en la base sustancial para la práctica de la protección diplomática, se ha consolidado en el ordenamiento jurídico

¹² *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 53a. sesión, A/56/10, 2001, p. 117.

¹³ *Ibidem*, p. 118.

¹⁴ CARRANZA FÖRSTER, S., *La protección diplomática y la práctica española*, Colección Escuela Diplomática nº 11, Escuela Diplomática, Madrid, 2006, p. 19.

¹⁵ Sentencia del TPJI de 30 de agosto de 1924, en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia vs. Reino Unido)*.

Más recientemente, la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores en: *Solicitud de ejercicio de la protección diplomática (caso G.J.C.B)*. Informe número 6.107 de 6 de junio de 1990, párrafo II, citado en CARRANZA FÖRSTER, S., *La protección diplomática...*, op. cit., p. 20.

¹⁶ VATTEL, E., *The Law of Nations: or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Londres G.G and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797, p. 136.

internacional a través de diversos pronunciamientos. Entre las sentencias más destacables al respecto se pueden citar el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, resuelto por la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional -en adelante TPJI- de 30 de agosto de 1924 según la cual: «[...] al asumir la causa de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática, en realidad este Estado hace valer su propio derecho»¹⁷; o bien el asunto *Nottebohm*, donde el Tribunal Internacional de Justicia -en adelante TIJ- afirmó que: «[...] la protección diplomática y la protección por medio de procedimientos judiciales internacionales constituyen medidas para la defensa de los intereses del Estado»¹⁸. Parte de la doctrina también se ha pronunciado en este mismo sentido al entender que el ejercicio de la protección diplomática es un derecho propio del Estado sobre el cual este goza de absoluta discrecionalidad¹⁹.

No obstante, otro sector de la doctrina rechaza la justificación tradicional de la protección diplomática basada en la ficción vatteliana. El que fuese primer Relator Especial de la CDI sobre protección diplomática, Mohammed BENNOUNA, entendía que se debía considerar que la protección diplomática solo estaba basada en derechos individuales y que, por tanto, el Estado, al ejercer la protección diplomática, solo actúa como agente o representante de tal individuo, pero no está haciendo valer su derecho²⁰. Parte de este debate ha sido reabierto también debido al aumento paulatino de la presencia del particular en el sistema jurídico internacional ya que, en palabras de Javier QUEL: «[...] el resultado último no es otro que la sustitución del procedimiento de protección diplomática por la legitimación individual para actuar procesalmente en instancias internacionales judiciales o arbitrales»²¹.

Dicho debate lleva a parte de la doctrina a cuestionar la función inherente a la protección diplomática pues ante la constatación de la constitución de regímenes jurídicos

¹⁷ Cit. p.12.

¹⁸ Sentencia del TIJ de 18 de noviembre de 1953, en el asunto *Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*, p. 24. En este mismo sentido también se ha pronunciado el TIJ en su sentencia de 5 de febrero de 1970, en el asunto relativo a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)*, p. 43 y ss. Vid. también la jurisprudencia arbitral sobre la materia, en concreto: el asunto de las *Reclamaciones británicas por daños causados a los súbditos británicos en Marruecos*, citado en ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica...», *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *Anuario de Derecho Internacional*, volumen 3, 1976, p. 322.

²⁰ BENNOUNA, M., «La protection diplomatique, un droit de l'État?», en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: paix, développement, démocratie*, Bruselas, Bruyant, 1998, pp. 245 a 250.

²¹ QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación...», *op. cit.*, p. 346.

que prevén la aplicabilidad directa de derechos individuales en procedimientos internacionales de arreglo de controversias se aprecia un papel decreciente de la institución²². No obstante, la cuestión parece encontrarse en un estadio inconcluso teniendo en cuenta la complejidad y la trascendencia que acarrea, pues se resume, al fin y al cabo, en determinar la naturaleza jurídica misma de la protección diplomática

En este sentido, se pone de relieve que la ficción jurídica que sustentaba *ab initio* la protección diplomática choca con una realidad en la que las normas internacionales centran su atención ya no en el Estado sino en el destinatario último de los derechos y obligaciones derivados de la norma internacional. Esta línea de pensamiento encuentra su plasmación en el asunto *LaGrand*²³, en tanto en cuanto el TIJ entiende que de la violación de la obligación internacional por un Estado surge, ante todo, el derecho del particular lesionado a hacer valer internacionalmente su pretensión, lo que lleva a la doctrina a plantearse la cuestión de la titularidad del derecho a la protección diplomática, es decir, a cuestionarse la naturaleza jurídica de la protección diplomática. Así, Javier QUEL sostiene que: «[...] el derecho al ejercicio de la acción de la protección diplomática de que dispone el Estado hace referencia no a un derecho propio lesionado, sino a la capacidad procedimental de defender un derecho del particular para lo que el Estado estaría habilitado merced al vínculo de nacionalidad»²⁴. Esto es, la protección diplomática ha de ser vista como un derecho procesal, residual y supletorio del derecho subjetivo del particular²⁵.

Por tanto, queda patente cómo la controversia doctrinal que se genera en torno a la naturaleza jurídica de la protección diplomática radica, en última instancia, en determinar a quién corresponde la titularidad del derecho a su ejercicio, si al Estado o al particular.

²² *Ibidem*, p. 346.

²³ La sentencia del TIJ de 27 de junio de 2001 en el asunto *LaGrand* (*Alemania vs. Estados Unidos de América*), versa sobre la violación por parte de los Estados Unidos de una obligación de comportamiento contenida en el artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares que establecía el derecho subjetivo del particular a ser informado de la posibilidad de obtener asistencia consular y contactar con la oficina consular. Se insiste en dicha sentencia en que el destinatario directo de este derecho es el nacional extranjero, de forma que tal derecho ha de ser considerado como distinto y autónomo respecto al del Estado. Así, el asunto *LaGrand* ilustra cómo la violación de una obligación estrictamente bilateral entre Estados es inseparable de sus efectos respecto de los individuos.

²⁴ QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación...», *op. cit.* p. 347.

²⁵ DOMINICÉ, Ch., «Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt Lagrand», en VV.AA., *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI-Homenaje al profesor Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, p. 241.

2.2. La posición adoptada en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional

La adopción de una posición sobre la naturaleza jurídica de la protección diplomática en el seno de la CDI no estuvo exenta de debate. Así lo expresó en su momento el primer Relator Especial, Mohammed BENNOUNA, al entender que: «[...] lo que está aquí en juego en el actual debate jurídico sobre la protección diplomática es si al interponer una reclamación internacional, el Estado ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado?»²⁶. Las pretensiones de BENNOUNA se concretaban en romper la ficción jurídica de carácter anacrónico que sustentaba la institución.

No obstante, tras su nombramiento como juez del Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia, BENNOUNA dejó la CDI siendo sustituido por John DUGARD, cuya postura fue calificada de más conservadora. A pesar de este calificativo, DUGARD propuso que se reconociera que en aquellos casos en los que el nacional de un Estado hubiese recibido un trato que constituyese una violación de una norma de *ius cogens*, el Estado de nacionalidad tendría la obligación de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional²⁷. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada por la CDI en su primera lectura.

Las múltiples deliberaciones sobre la naturaleza jurídica de la protección diplomática dieron lugar al artículo 2 del Proyecto de artículos, según el cual: «Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos»²⁸. A este respecto, hay que prestar atención a los comentarios del Proyecto de artículos de la CDI pues se llega a afirmar que: «En realidad –para citar el asunto *Mavrommatis*–, el Estado no hace valer solo su propio derecho. En realidad, hace valer también el derecho de su nacional perjudicado [...] queda abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace por derecho propio o en virtud del de su nacional o ambas cosas»²⁹. A pesar de esta aparente neutralidad en cuanto a la

²⁶ CDI, *Informe preliminar sobre la protección diplomática*, Mohammed Benouna, Relator Especial, 50º periodo de sesiones, 1998, A/CN. 4/484, párrafo 2, p. 2.

²⁷ CDI, *Primer informe sobre la protección diplomática*, John Dugard, Relator Especial, 52º periodo de sesiones, A/CN.4/506, párrafo 87.

²⁸ *Protección diplomática. Títulos y textos de los proyectos de artículos sobre la protección diplomática adoptados por el Comité de Redacción en segunda lectura*. Doc. A/CN.4/L.684 de 29 de mayo de 2006.

²⁹ CDI, *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 58a. sesión, 2006, A/61/10, 10 de octubre de 2006, p. 26.

titularidad del derecho de la protección diplomática³⁰, parece inferirse tanto de la práctica, la doctrina y la jurisprudencia que el titular del derecho es el Estado.

La solución adoptada por la CDI es, por tanto, la de seguir con la construcción tradicional de la protección diplomática basada en la ficción jurídica vatteliana. No obstante, entiende la doctrina que dicha ficción jurídica tiene como fin legitimar el derecho subjetivo de protección del Estado sustituyendo el derecho subjetivo lesionado del particular, pero sin negar su existencia³¹ y dando lugar a un nuevo derecho subjetivo para el Estado, esto es, el derecho de que se respete el Derecho Internacional en la persona de sus nacionales³². Estas consideraciones son las que han dado lugar a que se hable de un carácter dual de la naturaleza jurídica de la protección diplomática.

2.3. El carácter dual de la naturaleza jurídica de la protección diplomática

ORTEGA VELÁZQUEZ entiende que: «[...] el verdadero desafío a la naturaleza jurídica de la protección diplomática no es la sustitución del Estado por el individuo en la titularidad del derecho principal, sino el reconocimiento de que dos derechos se encuentran presentes en la institución: el derecho subjetivo sustantivo del individuo y el correlativo derecho subjetivo de protección del Estado»³³. Para llegar a esta afirmación parte de la aproximación de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas al Derecho Internacional Público llevada a cabo por Adolfo MIAJA DE LA MUELA³⁴ y por Fernando MARIÑO³⁵, que se centran en observar no tanto la norma que objetivamente establece derechos y obligaciones, sino las situaciones jurídicas activas y pasivas en las que quedan colocados los destinatarios de la norma.

Así, en el seno de la institución de la protección diplomática, esta teoría puede llegar a resultar interesante en tanto en cuanto al tomar como referencia la distinción entre derechos subjetivos sustantivos y derechos subjetivos de protección, se puede reconocer que la titularidad del derecho subjetivo sustantivo pertenece al particular mientras

³⁰ *Ibidem*, p. 29.

³¹ ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica....», *op. cit.*, p. 11.

³² TORROJA MATEU, H., «La protección diplomática de los derechos humanos de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas en tensión?», *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen 58, número 1, 2006, pp. 228 y 229.

³³ ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica....», *op. cit.*, p. 24.

³⁴ MIAJA DE LA MUELA, A., «Las situaciones jurídicas subjetivas en derecho internacional público», *Estudios de derecho internacional público y privado: Homenaje al profesor Luis Sela Sampil*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, pp. 25 a 50.

³⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el derecho internacional», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Aranzadi, Castellón, 2000, vol. III., pp. 315 a 362.

que la titularidad del derecho subjetivo de protección corresponde al Estado. Dado que el carácter de la protección diplomática es interestatal, se alude a que el individuo carece de legitimación activa en el plano internacional y, por tanto, de forma necesaria, el derecho subjetivo de protección debe corresponder al Estado.

Se sostiene que nos encontramos ante dos derechos presentes en la institución de la protección diplomática que son complementarios³⁶. De esta forma, se configura un carácter dual de la naturaleza jurídica de la protección diplomática que parece haber sido acogido tanto por la CDI³⁷ como por la doctrina más reciente³⁸ aunque a efectos prácticos la titularidad del ejercicio del derecho a la protección diplomática corresponde al Estado.

Consecuentemente, la configuración de la protección diplomática como un derecho propio del Estado tiene como corolario, tal y como sostiene Antonio REMIRO BROTONS, la afirmación del poder discrecional del Estado en su ejercicio³⁹.

3. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

La discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática ha sido expresamente reconocida por el TIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* al afirmar que: «[...] el Estado debe ser el único competente para decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones en particular, de orden político, ajenas al orden concreto»⁴⁰. Dicha sentencia llevó en su día a la doctrina a afirmar que el Estado gozaba de absoluta discrecionalidad en el ejercicio del derecho a la protección diplomática⁴¹. No obstante, en la actualidad, se entiende que la noción de discrecionalidad absoluta es inconsistente con la complementariedad y la primacía del individuo que subyace a la protección diplomática⁴². Ello es así porque desde el momento en el que se admite que la persona humana es destinataria de ciertas normas y derechos en el seno del Derecho Internacional - en concreto, y con carácter cada vez más expansivo, en el ámbito

³⁶ ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica.... », *op. cit.*, p. 24.

³⁷ CDI, *Quinto informe sobre la protección diplomática*, John Dugard Relator Especial, 56º periodo de sesiones, A/538, 2004, párrafo 37.

³⁸ Vid. QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación...», *op. cit.*, p. 347; CONDOLLERI, L., «L'évolution...», *op. cit.*, p. 12, nota al pie 9.

³⁹ REMIRO BROTONS, A et al., *Derecho Internacional. Curso general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 476.

⁴⁰ *Cit.*, p. 43 y ss.

⁴¹ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Discrecionalidad en el ejercicio...», *op. cit.*, p. 323.

⁴² ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica.... », *op. cit.*, p. 26.

de los Derechos Humanos⁴³ - parte de la doctrina entiende que las normas relativas a la protección diplomática deben trascender el ámbito meramente interestatal⁴⁴ reconociendo la presencia del particular en la relación jurídica creada⁴⁵.

La inconsistencia antes referida queda patente en el momento en el que afirmar la discrecionalidad absoluta del Estado supondría dejar por completo al Estado de nacionalidad del individuo lesionado la decisión de ejercer o no la protección diplomática sin ningún tipo de consecuencia jurídica o responsabilidad en caso de no ejercicio. Dicha situación trae como consecuencia directa una inseguridad jurídica y la indefensión de los particulares en aquellos supuestos en los que su Estado decida no ejercerla. Así lo ha reconocido el TIJ en el ya citado asunto de la *Barcelona Traction* al afirmar que: «Si las personas físicas o jurídicas por cuenta de las cuales actúa el Estado estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, se encuentran sin recursos en el Derecho Internacional»⁴⁶.

Por todo ello, se afirma que en la práctica más reciente parece difícil sostener con absoluta rotundidad el principio de la discrecionalidad absoluta del Estado a la hora de ejercer la protección diplomática⁴⁷. Así, se plantea que la discrecionalidad del Estado ha de aparecer limitada por la propia evolución natural de la institución, que va adaptando su naturaleza jurídica a la nueva realidad internacional, tal y como aduce Amparo ALCOCEBA: «[...] en consonancia con la subjetividad jurídica internacional que ha adquirido el individuo en derecho internacional»⁴⁸.

Sin perjuicio de entender que la discrecionalidad del Estado dista, según las consideraciones actuales, de ser absoluta, parece ser que desde el punto de vista del Derecho Internacional – será necesario analizar más adelante qué ocurre en el plano

⁴³ Vid. nota al pie 8.

⁴⁴ Javier QUEL hace referencia a esta situación como: «[...] un contexto relacional estrictamente interestatal de carácter esencialmente bilateral». QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación...», *op. cit.*, p. 343.

⁴⁵ DIEZ BARRADO, C., «Marco normativo de la protección diplomática» en MARIÑO FERNÁNDEZ, F., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catara, 2006, p. 260.

⁴⁶ *Cit.*, párrafo 78.

⁴⁷ DIEZ BARRADO, C., «Marco normativo...», *op. cit.*, p. 259.

⁴⁸ ALCOCEBA GALLEGU, A., «Práctica española de protección diplomática y Derechos Humanos: titularidad del derecho y nacionalidad del beneficiario» en MARIÑO FERNÁNDEZ, F. (coord.), *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho español*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009, p. 228.

interno de los Estados – la discrecionalidad del Estado es innegable y se puede manifestar en varios niveles, que son⁴⁹:

(i) El Estado es libre de conceder o negar la protección diplomática sin tener que justificarse en ninguno de los dos casos.

(ii) En caso de que el Estado obtenga alguna reparación, puede disponer del importe a su discreción, incluso negando a los particulares cualquier cantidad.

(iii) Una vez presentada la reclamación, el control del Gobierno que ha hecho suya y está ejerciendo la reclamación es completo. Por ello, el Estado es quien determina la reclamación y puede abandonarla sin necesidad de consulta o autorización de su nacional.

No obstante, a pesar de reconocer la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, la CDI ha previsto en el artículo 19 del Proyecto de artículos⁵⁰ una serie de recomendaciones que deberían guiar la actuación de los Estados a la hora de ejercitar la protección. Además, el TIJ en su sentencia en el asunto de la *Barcelona Traction*, advierte que el Derecho interno puede imponer la obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero al afirmar que: «[...] todo lo que pueden hacer [los particulares] es recurrir al derecho interno, si éste les ofrece medios para ello, con objetivo de promover su causa y obtener desagravio»⁵¹. Por tanto, resultará interesante analizar hasta qué punto los ordenamientos jurídicos internos se encargan de reconocer el derecho de los nacionales a la protección diplomática y por ende la obligación de los Estados a su ejercicio.

Por último, en relación con la discrecionalidad del Estado, y partiendo del hecho de que la protección de los nacionales en el exterior es una actividad del Estado, se aduce que, en caso de no ejercicio, es posible que se genere un perjuicio para el particular, trayendo como consecuencia lógica la responsabilidad de la administración del Estado y

⁴⁹ ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica.... », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁰ Artículo 19: «Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería:

a) Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave;

b) Tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener; y

c) Transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables».

⁵¹ *Cit.*, p. 44.

el derecho del particular a ser indemnizado. Este aspecto, al igual que el anterior, será analizado con detalle más adelante en este trabajo.

4. LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

La literatura relativa a los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática es amplia y puede encontrarse fácilmente en cualquier manual de Derecho Internacional Público. Por tanto, este apartado pretende ser una síntesis, a modo ilustrativo y sin carácter exhaustivo, de lo allí recogido para conseguir una mayor comprensión de la institución de la protección diplomática.

A pesar de que la protección diplomática solo requiere, en principio, de la existencia de una relación entre Estados y no entre el particular al que se causó el daño y el Estado al que se le atribuye, sí que ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que para el ejercicio de la protección diplomática se han de cumplir una serie de condiciones, a saber:

- (i) El particular presuntamente perjudicado ha de ostentar la nacionalidad del Estado reclamante.
- (ii) El agotamiento de los recursos internos del Estado infractor.

4.1. La nacionalidad del perjudicado⁵²

El vínculo de nacionalidad entre el particular presuntamente perjudicado y el Estado que ejerce la protección diplomática es exigido por el TPIJ en el asunto *The Panevezys-Saldutiskis Railway* al entender que: «[...] en ausencia de un acuerdo especial, es el vínculo de la nacionalidad entre un Estado y el individuo el que confiere por sí solo al Estado el derecho de la protección diplomática»⁵³. En este mismo sentido, el artículo 44.a) del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos hace referencia a que: «[...] la responsabilidad del Estado no podrá ser invocada [...] si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas

⁵² El análisis pormenorizado de las distintas controversias que pueden llegar a surgir al estudiar el requisito de la nacionalidad en el ejercicio de la protección diplomática no es el objeto principal de estudio del presente trabajo. En caso de querer profundizar sobre la materia, *vid.* REMIRO BROTONS, A et al., *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 475 y ss.; ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica...», *op. cit.* pp. 35 y ss.

También resulta interesante en relación con este tema el análisis que realiza Javier QUEL sobre la evolución de los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática en QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación...», *op. cit.*, pp. 348 y ss.

⁵³ Sentencia del TPIJ de 28 de febrero de 1939, en el asunto *del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia vs. Lituania)*, series A/B, núm. 76, p. 16.

aplicables en materia de nacionalidad»⁵⁴. Asimismo, esta exigencia ha sido reiterada por el artículo 3.1 del Proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática al entender que: «[...] el Estado facultado para ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad»⁵⁵.

4.2. El agotamiento de los recursos internos del Estado infractor⁵⁶

Además del requisito de la nacionalidad, el ejercicio de la protección diplomática también está supeditado a que el perjudicado haya agotado todas las vías de recurso disponibles en el orden interno del Estado presuntamente infractor. Este requisito no es sino la concreción de la regla establecida según la cual los recursos locales deben ser agotados antes de que puedan iniciarse procedimientos internacionales⁵⁷.

El Proyecto de artículos recoge esta previsión en su artículo 14⁵⁸. Conviene señalar, precisando el art.14.2, que el término *recursos internos* no incluye los recursos a título de gracia ni aquellos cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho. A modo de ejemplo se citan las peticiones de indulto o el recurso a un *ombudsman*, que forman parte de la categoría de recursos que no es necesario agotar⁵⁹. También es necesario tener presentes las excepciones al requisito de agotamiento de los recursos internos que se recogen en el artículo 15 del Proyecto de artículos⁶⁰.

⁵⁴ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 53a. sesión, A/56/10, 2001, p. 125.

⁵⁵ *Protección diplomática. Títulos y textos de los proyectos de artículos sobre la protección diplomática adoptados por el Comité de Redacción en segunda lectura*. Doc. A/CN.4/L.684 de 29 de mayo de 2006, p. 3

⁵⁶ *Vid.* nota al pie núm. 52.

⁵⁷ Sentencia del TIJ de 21 de marzo de 1959 en el asunto *Interhandel (Suiza vs Estados Unidos de América)*, p. 27.

⁵⁸ Artículo 14 del proyecto de artículos. «Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes de que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 15.

2. Por “recursos internos” se entienden los recursos legales que puede interponer una persona perjudicada ante los tribunales u órganos, sean éstos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad por causar el perjuicio se invoca.

3. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8».

⁵⁹ CDI, *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 58a. sesión, 2006, A/61/10, 10 de octubre de 2006, p. 70

⁶⁰ Artículo 15. «No será necesario agotar los recursos internos cuando:

a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación;

4.3. La correcta conducta del particular

Algún sector de la doctrina hace referencia a que, además de los dos requisitos mencionados *supra*, resulta igualmente exigible la conducta correcta del particular⁶¹ – el requisito de las *clean hands* o manos limpias –, esto es, es necesario que el comportamiento antijurídico del Estado infractor no guarde una relación causal con una conducta antijurídica del particular en violación de su ordenamiento interno. Sin embargo, tal y como reconoce Antonio REMIRO BROTONS, ni la jurisprudencia internacional ni la práctica estatal avalan tal opinión⁶².

5. LA PERCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DESDE EL PLANO INTERNO DE LOS ESTADOS

El ordenamiento jurídico internacional hace referencia a la posibilidad que tiene un Estado para establecer una obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero, constituyendo así una suerte de derecho subjetivo a la protección diplomática en favor del particular. En este sentido, el TIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*, advierte que: «[...] el legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. De igual forma, puede conceder a sus nacionales el derecho de que dicha obligación sea respetada e imponer un régimen de sanciones»⁶³.

Por tanto, es en el orden interno donde parece que puede llegar a consolidarse un deber de los Estados de ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. En este sentido, un estudio de los distintos ordenamientos jurídicos habrá de pasar tanto por analizar el régimen constitucional relativo a la protección del ciudadano como las posibles decisiones judiciales que traten de determinar si existe o no una obligación por parte del Estado.

Por un lado, un estudio de Derecho constitucional comparado deja entrever que en las constituciones recientes existe una tendencia favorable a la consagración del derecho

b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;

c) No existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca;

d) La persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos; o

e) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos».

⁶¹ DIEZ BARRADO, C., «Marco normativo de la protección diplomática» en MARIÑO MENÉNDEZ, F., (coord.), *Un mundo sin desarraigo*, op. cit., p. 271.

⁶², REMIRO BROTONS, A et al., *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 476.

⁶³ *Cit.*, p. 44.

de los ciudadanos a ser protegidos por el Estado⁶⁴. Así, frente a la situación que caracteriza el ordenamiento jurídico internacional, basada en el reconocimiento de discrecionalidad a los Estados, en el plano del Derecho interno se recogen muestras del establecimiento de un deber de protección. Se encuentran ejemplos de esta tendencia en diversas constituciones, entre las que podemos destacar:

- El artículo 14 de la Constitución Política de la República Portuguesa de 1976: «Los ciudadanos portugueses que se encuentren o residan en el extranjero gozarán de la protección del Estado para el ejercicio de sus derechos están sujetos a los derechos que no sean incompatible con la ausencia del país».

- El artículo 89 de la Constitución de la República Popular de China de 4 de diciembre de 1982: «El Consejo de Estado desempeña las siguientes funciones [...] Proteger los derechos e intereses legítimos de los chinos residentes en el extranjero y de los chinos que hayan vuelto a la patria, así como de sus familiares».

- El artículo 14, Sección 18 de la Constitución de la República Filipina, de 1987: «Corresponde a la Comisión de Derechos Humanos: [...] 3. Proporcionar medidas legales adecuadas para la protección de los derechos humanos de todas las personas de Filipinas así como de los filipinos que residan en el extranjero».

Por otro lado, sin embargo, existe una segunda tendencia de carácter opuesto, que se localiza principalmente en las constituciones de origen hispanoamericano, y que trata de restringir el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado nacional de los extranjeros residentes en otros países. El origen de esta segunda tendencia es para Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARIA la lucha sostenida a partir del siglo XIX por estos países contra los intereses imperialistas de los Estados europeos inversores de capital en América Latina; fenómeno inversor que dio origen a un amplio número de reclamaciones internacionales y que desembocó en la utilización de las *cláusulas Calvo*⁶⁵.

Admitiendo entonces que es en el orden interno donde se consolida el deber de algunos Estados de ejercer la protección diplomática, será necesario prestar atención a las consecuencias que se derivan del incumplimiento de esta obligación, que no podrán ser

⁶⁴ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*, p. 324.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 324.

otras que la responsabilidad de la Administración del Estado y el derecho del particular a ser indemnizado.

Este es el planteamiento sobre la institución diplomática en el ordenamiento jurídico internacional y en el Derecho comparado, quedando por ver cómo responde el ordenamiento jurídico español a las cuestiones planteadas a lo largo de las páginas anteriores. Por ello, las próximas partes de este estudio consistirán en determinar si en dicho ordenamiento se establece o no la obligatoriedad de dicha protección, si existe la posibilidad de control por los órganos judiciales españoles del ejercicio de la protección diplomática y si se consagra o no la posibilidad de una indemnización en determinados casos.

III. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1. MARCO NORMATIVO

La comprensión de cómo se articula la práctica de la protección diplomática en el seno del ordenamiento jurídico español pasa por analizar los instrumentos tanto de carácter legal como jurisprudencial que se han elaborado lo largo del tiempo buscando la configuración jurídica de tal institución.

Así las cosas, se ha de partir de una situación de ausencia de regulación legal *stricto sensu* sobre la protección diplomática en España. No obstante, si bien es cierto que no hay una regulación específica de la protección diplomática en nuestro ordenamiento interno, sí que es posible encontrar a lo largo de la legislación española referencias concretas que ayudan a configurar el marco normativo de la institución. En este sentido, conviene citar, por un lado, el artículo 1.1 *in fine* del Real Decreto 768/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación⁶⁶, según el cual corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores: «[...] proteger a los españoles en el exterior», y, por otro lado, el artículo 21.6 de la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril, del Consejo de Estado, en tanto en cuanto se refiere expresamente a la protección diplomática al establecer que el pleno de dicho órgano deberá ser consultado sobre las reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática⁶⁷.

Sin perjuicio de estas alusiones específicas, tal y como se ha hecho referencia *supra*, y al igual que ocurre en la mayoría de los ordenamientos internos de los Estados, se puede concluir que en España no existe una norma que otorgue a los particulares el derecho a exigir al Estado que asuma la protección diplomática. El legislador español no ha seguido, por tanto, la propuesta del TIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* a la que se ha hecho referencia anteriormente, en el que se aducía que el legislador nacional podía hacer uso de su facultad de imponer al Estado la obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero a través de la protección diplomática⁶⁸.

Ante la ausencia de una regulación normativa propiamente dicha es necesario acudir a la jurisprudencia para delimitar los caracteres propios de la protección diplomática en el Derecho español. Conviene resaltar que los pronunciamientos de los

⁶⁶ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2017.

⁶⁷ BOE núm. 100, de 25 de abril de 1980.

⁶⁸ *Cit.*, p. 44.

tribunales sobre la materia son escasos. En aquellos supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha llegado a hacer alusión a la protección diplomática, esta ha sido de manera incidental y genérica⁶⁹ y en ambos casos⁷⁰ – pues hasta la actualidad existen dos sentencias sobre la materia – se trata de pronunciamientos *obiter dicta*, que vienen a conectar de forma sucinta la protección diplomática con el artículo 106 de la Constitución Española.

En lo que respecta a las sentencias del Tribunal Supremo es pertinente señalar, en primer lugar, la STS de 16 de noviembre de 1974, que a pesar de su carácter preconstitucional supone para la doctrina un cambio en la línea jurisprudencial seguida hasta ese momento⁷¹. Posteriormente, diferentes sentencias del Tribunal Supremo han servido, por un lado, para reconocer la posibilidad de reclamación del particular por el no ejercicio de la protección diplomática por parte de la Administración – cuestión que se analizará más adelante – y, por otro, para establecer los principios sobre los que articular la responsabilidad de la Administración española. Por tanto, a la hora de hablar de la protección diplomática resultará de especial relevancia tener en cuenta lo establecido en los artículos 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁷². Llama la atención, tal y como señalan algunos autores⁷³, el hecho de que los supuestos más relevantes analizados por el Tribunal Supremo sobre la materia se refieren a reclamaciones por responsabilidad de la Administración como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática por casos relativos a expropiaciones de bienes de propiedad de nacionales españoles en terceros Estados⁷⁴.

Con el fin de delimitar el marco normativo de la protección diplomática de una forma lo más exhaustiva posible, es necesario mencionar también los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.6 de la Ley

⁶⁹ DIEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática e inactividad del Estado: La práctica española» en VVAA., *Pacis Artes...*, *op. cit.*, p. 198.

⁷⁰ SSTC 107/1992 de 1 de julio y 140/1995 de 28 de septiembre.

⁷¹ DIEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática e inactividad.... », *op. cit.*, p. 198.

⁷² BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁷³ MARTÍN VALERO, A. I., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el ámbito del Derecho Internacional. Especial referencia a la responsabilidad derivada del ejercicio de la protección diplomática y consular» en PASTOR PALOMAR, A., (dir.), *Temas relevantes de Derecho Internacional Público ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 2016, p. 102.

⁷⁴ El Convenio de España y el Reino de Marruecos de 2 de marzo de 1973, sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí dio lugar a la STS, Sala 3ª, de febrero de 1998. Por otro lado, el Convenio y la Carta Aneja de 16 de noviembre de 1986 del Reino de España y la República de Cuba han dado lugar a las SSTS de 10 de diciembre de 2003, 12 de diciembre de 2003 y 30 de junio de 2004, entre otras.

Orgánica del Consejo de Estado, dictámenes de carácter preceptivo pero no vinculante. A este respecto, el Consejo de Estado ha sido consultado desde el año 1991 en cuatro ocasiones⁷⁵, sirviendo sus pronunciamientos para perfilar la percepción que desde las instituciones del Estado se tiene del carácter de la protección diplomática. Por último, también hay que mencionar los distintos informes que la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores –en adelante AJI- ha emitido con respecto a la protección diplomática, y que terminan de articular todo el entramado relativo a dicha institución⁷⁶.

De esta forma, el análisis que se realizará de la protección diplomática en el contexto del ordenamiento jurídico español en las páginas siguientes tendrá como base fundamental los elementos arriba referidos así como los trabajos doctrinales pertinentes que abordan la cuestión. Por tanto, procede ahora concretar desde el punto de vista del Derecho interno español los elementos de una figura clásica del Derecho internacional como es la protección diplomática.

2. LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. La nacionalidad española del perjudicado

El estudio de la protección diplomática desde la práctica española requiere, entre otras cuestiones, de un análisis de cómo los requisitos necesarios para su ejercicio establecidos por la CDI son tratados desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español. De los dos requisitos que la doctrina internacional consolidada y el Proyecto exigen, a saber, la nacionalidad del perjudicado y el agotamiento de los recursos internos en el Estado infractor, el que más interés suscita desde un punto de vista jurídico es el de la nacionalidad del perjudicado. No obstante, en este apartado se abordarán los aspectos más destacables y que más controversia generan, lo que llevará a dejar sin tratar

⁷⁵ Dictamen núm. 55.426 de 16 de mayo de 1991; dictamen núm. 1496/1991 de 30 de enero de 1992; dictamen núm. 822/1996 de 20 de junio de 1996; dictamen 707/2005 de 14 de julio de 2005.

La consulta de los dictámenes enumerados en el presente trabajo puede hacerse a través del siguiente enlace: http://www.boe.es/buscar/consejo_estado.php. No obstante, dada la antigüedad de algunos de los dictámenes, su acceso no es posible a través de la base de datos mencionada sino que es preciso solicitar dicho informe al Consejo de Estado. Con el fin de facilitar el acceso a dichos dictámenes al lector, se adjunta a modo de Anexo el informe núm. 1496/1991, proporcionado por el Departamento de Consultas del Consejo de Estado, previa solicitud.

⁷⁶ Conviene señalar en lo relativo a los informes de la AJI que su consulta no es de dominio público. Por tanto, toda referencia a dichos informes que se encuentre en el presente estará tomada de obras y trabajos doctrinales realizadas por autores que sí han podido tener acceso a dichos informes.

cuestiones tales como la nacionalidad de las personas jurídicas o la continuidad de la nacionalidad, al seguir estas en el plano interno las mismas directrices que en el plano internacional.

En este sentido, la nacionalidad española es considerada como *conditio sine qua non* para el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado español. Esta máxima no es sino la plasmación en nuestro ordenamiento de lo establecido en el artículo 1 del Proyecto de artículos, según el cual el beneficiario de la protección diplomática ha de ser un nacional del Estado que se pretenda que ejerza dicha protección. A este respecto, la práctica española, recogida principalmente en pronunciamientos de la AJI, parece seguir la forma de proceder según el Derecho internacional. Así, se entiende que: «[...] en lo que se refiere a la nacionalidad de la reclamación, el Derecho internacional exige que el Estado que invoque la protección diplomática lo haga a favor de un nacional o, en determinadas circunstancias en beneficio de un no nacional que esté especialmente vinculado al mismo»⁷⁷. En relación con la necesidad de ostentar la nacionalidad española para el ejercicio de la protección diplomática, se exige, además, que⁷⁸:

- la nacionalidad española deberá concurrir no solo en el momento de perpetración de hecho ilícito sino también en el de presentación de la demanda en el plano internacional.

- el particular lesionado ha de ser español ininterrumpidamente entre el momento de la comisión del hecho ilícito y del ejercicio de la referida protección diplomática.

2.2. La excepción al requisito de la nacionalidad: los refugiados y los apátridas⁷⁹

Si bien la regla general es la de exigencia de nacionalidad, el Proyecto de artículos de la CDI abrió la posibilidad al ejercicio de la protección diplomática de no nacionales

⁷⁷ AJI, *Caso S. Acción a seguir por parte del MAE tras el rechazo por parte de la familia del ofrecimiento del Gobierno de Chile*. Informe núm. 9451 de 17 de diciembre de 1996, cit. en ALCOCEBA GALLEGOS, A., «Práctica española de protección diplomática...», *op. cit.*, p. 234, nota al pie 81.

⁷⁸ ALCOCEBA GALLEGOS, A., *La protección diplomática de los Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁹ La exclusiva referencia al ordenamiento jurídico internacional en este apartado se debe al hecho de que a la hora de realizar el presente trabajo no se ha tenido acceso a ninguna documentación en la que se tratase este aspecto desde el punto de vista del Derecho español. No obstante, la trascendencia de esta excepción a la regla general a la luz de los acontecimientos de los últimos años hacía necesaria su mención.

en sus artículos 3.2⁸⁰ y 8⁸¹. En concreto, dichos artículos hacen referencia a los refugiados y a los apátridas en cuyo caso la protección diplomática puede ser ejercida por el Estado en el que residen de forma legal y habitual. Hay que tener en cuenta que *ex* artículo 8.3 dicha protección nunca podrá ser ejercida contra el Estado de nacionalidad del refugiado.

Así, se entiende que a pesar de que estos estándares de exigibilidad pueden llegar a ser altos, la inclusión de estas personas en el Proyecto de la CDI refleja una postura acorde con el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en materia de la protección de derechos humanos⁸².

2.3. Los supuestos de doble nacionalidad

El análisis de los supuestos de doble nacionalidad, recogidos expresamente en el artículo 7⁸³ del Proyecto de artículos, resulta interesante en tanto en cuanto la práctica española parece diferir de los planteamientos de la CDI. A este respecto, la práctica española omite toda referencia a la nacionalidad efectiva o predominante y recurre a la regla tradicional del Derecho internacional. Así las cosas, se afirma que aquellos casos en los que concurren dos nacionalidades en el mismo sujeto y la persona en cuyo beneficio se invoca la protección diplomática es tanto nacional del Estado reclamante como del Estado presuntamente responsable del hecho ilícito se genera un conflicto de nacionalidades que justifica que en virtud del principio de igualdad soberana no se ejerza la protección diplomática.

⁸⁰ Artículo 3 del Proyecto de la CDI. «Protección por el Estado de la nacionalidad

1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que no sea nacional del mismo de conformidad con el proyecto de artículo 8».

⁸¹ Artículo 8 del Proyecto de la CDI. «Apátridas y refugiados.

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, cuando esa persona tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de la nacionalidad del refugiado».

⁸² ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica...», *op. cit.*, p. 35.

⁸³ Artículo 7 del Proyecto de la CDI. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación».

Parte de esta línea de actuación se sustenta en el artículo 4 de la Convención de la Haya sobre determinadas cuestiones relativas a los conflictos de leyes de nacionalidad de 1930 pues en él se establece que un Estado no podrá ejercer la protección diplomática a favor de uno de sus nacionales en contra de otro Estado del que esa persona sea también nacional.

Como se aprecia, el referido artículo 4 choca con la excepción incluida posteriormente en el artículo 7 del Proyecto de artículos. Así, se constata un intento de cambio en el ordenamiento jurídico internacional que no ha sido seguido por el ordenamiento jurídico español. La AJI se ha pronunciado al respecto entendiendo que: «[...] la excepción al principio de inadmisibilidad de la reclamación frente a uno de los Estados del nacional deben considerarse con prudencia, a falta de una práctica internacional más generalizada que permita conocer el estatus de Derecho internacional consuetudinario a dicha excepción. Por lo tanto, en caso de duda, es preciso observar la norma internacional»⁸⁴.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

3.1. La discrecionalidad del ejercicio de la protección diplomática en el ordenamiento jurídico español

Llevar a cabo un análisis relativo a la obligatoriedad de la protección diplomática en el ordenamiento jurídico nacional supone en última instancia dirimir la cuestión relativa a la discrecionalidad de su ejercicio por parte del Estado español.

Recapitulando lo ya señalado, parece ser que desde el punto de vista del Derecho internacional, la discrecionalidad del Estado es innegable. No obstante, el TIJ reconoció en el asunto de la *Barcelona Traction* la posibilidad de que el Derecho interno impusiese al Estado la obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero. A pesar de esta facultad, pocos son los Estados que han seguido esta vía y España no se encuentra entre ellos, de forma que ninguna disposición del ordenamiento jurídico español establece

⁸⁴ AJI. *Ejercicio de protección diplomática en los supuestos de doble nacionalidad*. Informe núm. 14686 de 19 de noviembre de 2007, cit. en ALCOCEBA GALLEGGO, A., *La protección diplomática de los Derechos Humanos...*, op. cit., p. 99.

obligatoriedad alguna para las autoridades españolas de ejercer la protección diplomática⁸⁵.

Esta ausencia ha sido reconocida expresamente por la AJI en tanto en cuanto ha afirmado, por un lado, que: «[...] en derecho español no existe ninguna disposición que reconozca un derecho de la persona a beneficiarse de la protección diplomática. Las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la protección de los derechos e intereses de las personas y, en particular, de los españoles, no proclaman ningún derecho de las personas a la protección diplomática»⁸⁶ y, por otro, que: «Tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como desde la óptica del Derecho interno español, la protección diplomática no es ni un deber ni una obligación»⁸⁷.

En contraposición al planteamiento del ordenamiento jurídico español, resulta oportuno señalar la posición adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en tanto en cuanto de *lege lata* ha introducido una serie de límites a la discrecionalidad del Estado al reconocer la obligación de la República Federal de ejercer la protección diplomática a menos que hacerlo afecte a los intereses esenciales del Estado⁸⁸.

No obstante, a pesar de la supuesta obligación impuesta por Tribunal Constitucional alemán, resulta llamativo la supeditación de esta a los intereses esenciales del Estado. Volviendo al plano del Derecho interno español, parecer ser que la decisión de ejercer o no la protección diplomática por el Estado depende también de la oportunidad política de hacerlo en cada caso concreto, y en la medida en que de dicho ejercicio pueda desprenderse o no algún tipo de perjuicio para las relaciones bilaterales de España con el Estado causante del ilícito internacional. Así lo manifestó la STS de 6 de febrero de 1987 al señalar que: «[...] es una realidad que la protección diplomática es un derecho del Estado, por ello, es indiscutible que si ésta se solicitase, el Estado puede llegar a rechazarla por consideraciones de orden político nacional o internacional». A este respecto, A. REMIRO BROTONS justifica la situación señalando que: «No se quiere

⁸⁵ ALCOCEBA GALLEG0, A., «Práctica española de protección diplomática... », *op. cit.*, p. 228.

⁸⁶ AJI. *Recurso de alzada contra la Resolución de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares por la que se deniega la protección diplomática solicitada por DRIVA*. Informe núm. 1320 de 7 de abril de 2005, p. 6, cit. en ALCOCEBA GALLEG0, A., «Práctica española de protección diplomática...», *op. cit.*, p. 229, nota al pie 61.

⁸⁷ AJI. *Solicitud de protección diplomática a favor de DRIVA*. Informe 12756, p. 1, cit. en ALCOCEBA GALLEG0, A., «Práctica española de protección diplomática...», *op. cit.*, p. 229, nota al pie 62.

⁸⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 7 de julio de 1975 y 16 de diciembre de 1980.

atar al gobierno forzándolo a tomar iniciativas cuando la oportunidad política, la escasa relevancia del asunto o la conducta impropia o arriesgada del nacional perjudicado aconsejan dejar correr los hechos»⁸⁹.

No obstante, si bien nos encontramos con que el Estado español puede decidir discrecionalmente sobre el ejercicio de la protección diplomática, la jurisprudencia establece que a pesar del carácter discrecional, el Estado tiene la obligación, sujeta a control jurisdiccional, de hacer algo en ayuda de sus nacionales, lo que puede incluir la obligación de considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática⁹⁰ o de: «[...] brindar a sus nacionales la asistencia y ayuda que conforme al Derecho internacional y a la legislación española cabe dispensar»⁹¹. La sentencia de la Audiencia Nacional 18 de junio de 1999 así lo expresó al entender que: «[...] si bien en su formulación más pura, el ejercicio de la protección diplomática es una cuestión ajena al ciudadano, es posible, dado su carácter discrecional, efectuar un control jurisdiccional sobre su ejercicio».

Por esta razón, se puede llegar a entender que aunque el ejercicio de la protección diplomática por el Estado español es discrecional en la medida en que el particular no puede exigir su ejercicio al Estado, dicha discrecionalidad se ve relativizada en cuanto que tiene derecho a una indemnización en los casos en los que ha visto lesionados sus derechos por casusa de los poderes públicos⁹².

3.2. La sujeción de la actuación del Estado a control jurisdiccional

El actual control jurisdiccional de la actuación estatal en lo relativo a la decisión de ejercer o no la protección diplomática choca en cierta medida con el planteamiento inicial que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1974, donde se reconoce que la decisión sobre el ejercicio de la protección diplomática es un *acto político del Gobierno* y que, por tanto, no es susceptible de fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa⁹³.

⁸⁹ REMIRO BROTONS, A et al., *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 474

⁹⁰ ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica...», op. cit. p. 35

⁹¹ AJI, *Caso relativo a D.F.J.L.G condenado a muerte en Filipinas*. Informe núm. 13023, de 8 de abril de 2005, cit. en ALCOCEBA GALLEGU, A., «Práctica española de protección diplomática...», op. cit., p. 229, nota al pie 66.

⁹² ALCOCEBA GALLEGU, A., *La protección diplomática de los Derechos Humanos...*, op. cit., p. 97.

⁹³ STS de 16 de noviembre de 1974.

A este respecto, Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARIA, se pronunció sobre la controversia generada por la sentencia haciendo alusión a que los *actos políticos de Gobierno* estaban excluidos de todo control fiscalizador y que el sistema jurídico incluía la actuación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales dentro de dicha categoría. No obstante, apunta la autora que es preciso recordar que la calificación de actos políticos internacionales era utilizada en ocasiones para excluir de todo control actos que no tenían tal naturaleza sino que solo eran una consecuencia ulterior de la actividad internacional del Estado. Junto a esto añadía que, según la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente en el momento de dictar la referida sentencia, se impedía que pudieran ser considerados políticos, a efectos de poder ser excluidos de impugnación, los actos de cualquier órgano estatal inferior al Consejo de Ministros. Por tanto, llegó a la conclusión de que al no provenir del Consejo de Ministros, las decisiones relativas al ejercicio de la protección diplomática debían de estar excluidas de *la consideración de actos políticos de gobierno*⁹⁴.

El propio Tribunal Supremo reconoció posteriormente en su sentencia de 29 de diciembre de 1986 que: «[...] la protección de los nacionales en el extranjero constituye un contenido esencial del Estado conforme a la Constitución», de manera que, en el caso de que el Estado no ejerza la protección diplomática o la ejerza insuficientemente – cuestión que será tratada más adelante - y de ello resulte un perjuicio para un nacional español, podría invocar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Con base en lo expuesto hasta ahora, se puede extraer como conclusión que el ejercicio de la protección diplomática en el ordenamiento jurídico español si bien puede calificarse de discrecional, dicha discrecionalidad está sometida a control jurisdiccional en los supuestos en los que la falta de ejercicio de la protección diplomática o el ejercicio ineficaz de la misma puedan generar un perjuicio para un nacional español. De darse el caso, es decir, en aquellos supuestos en los que exista un nexo causal entre la lesión producida al particular por un Estado extranjero y la actuación previa de la Administración, se dará lugar a una responsabilidad patrimonial del Estado. Dada la importancia que tiene para el objeto de este trabajo entender cómo se articula esta responsabilidad estatal, las páginas siguientes pasarán a analizar de forma más detallada

⁹⁴ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*, pp. 329 y ss.

la configuración de la responsabilidad patrimonial de Administración pública por el no ejercicio o ejercicio insuficiente de la protección diplomática.

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR INACTIVIDAD EN CASO DE NO EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

4.1. La posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial a la Administración

La consideración de la protección diplomática como un derecho del Estado no es óbice para reconocer al individuo cierta capacidad de control de la actuación de la Administración. En este sentido, el artículo 106.2 de la Constitución Española⁹⁵ recoge de forma genérica el derecho de los particulares a ser indemnizados en caso de un mal funcionamiento de los servicios públicos. Tal derecho es desarrollado de una forma más exhaustiva en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que regulan expresamente el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Además, esta posibilidad de exigir responsabilidad al Estado ha sido también reconocida expresamente por los órganos jurisdiccionales españoles pues, como se ha mencionado anteriormente, la configuración de los caracteres propios de la protección diplomática en el ordenamiento jurídico español se realiza a través de los pronunciamientos de los tribunales⁹⁶. Así las cosas, el Tribunal Constitucional entiende que: «[...] si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, FJ 3º) pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida»⁹⁷. De esta forma, se entiende que se posibilita, aunque sea de forma indirecta, la satisfacción judicial de los derechos e intereses de los particulares a través de este mecanismo.

Se ha de tener en cuenta que las alusiones del Tribunal Constitucional a la protección diplomática son, en ambos casos, pronunciamientos *obiter dicta* en el seno del estudio de otras cuestiones. Así, la STS 107/1992 se refiere a un caso relativo a la

⁹⁵ Artículo 106.2 CE: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

⁹⁶ *Vid.* apartado II.1

⁹⁷ STC 140/1995, de 28 de noviembre de 1995.

inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero como consecuencia del despido de una secretaria de nacionalidad estadounidense por la Embajada de Sudáfrica en Madrid. Por su parte, la STC 140/1995 analiza un caso de inmunidad de jurisdicción relacionado con un Consejero diplomático de la Embajada de la República de Italia que había dejado rentas de un inmueble impagadas y contra el que se pretendía iniciar un procedimiento de desahucio. En ambos casos, DIEZ DE VELASCO entiende que dichas referencias están fuera de lugar y de contexto y apunta que sería interesante conocer los escritos de los abogados de las partes o del Ministerio Fiscal para saber si dichas referencias tienen su origen en alguno de los argumentos utilizados por estos⁹⁸.

En lo que respecta a la opinión del Tribunal Supremo, la doctrina ha clasificado las sentencias existentes sobre la materia en dos corrientes principales⁹⁹. Por un lado, se hace referencia a las sentencias que siguen los considerados *criterios tradicionales*, es decir, el de la discrecionalidad del Estado para ejercer la protección diplomática considerando que se trata de un derecho propio y no de los particulares. Dicha consideración llevó al Alto Tribunal a entender la: «[...] no prosperabilidad de la acción indemnizatoria frente a la Administración española»¹⁰⁰. Por otro lado, se destacan un grupo de sentencias que parece que adoptan un carácter más progresivo al preocuparse no tanto por las cuestiones técnicas de ejercicio de la protección diplomática propiamente dicha, sino en poner más énfasis en que se otorgue al perjudicado una indemnización con base en la responsabilidad patrimonial del Estado español por una deficiente actuación de sus órganos o sus gobiernos.

Dentro de la última corriente, la de *carácter progresista*, resulta pertinente destacar la sentencia que abrió paso a la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial a la Administración. Así, la STS de 16 de noviembre de 1974 analiza un caso en el que determinadas noticias difundidas por TVE se consideraron como difamatorias contra el Jefe de Estado de la República de Guinea Ecuatorial, provocando que las autoridades de dicho Estado procedieran a imponer varias multas a sociedades y particulares españoles, los cuales interpusieron una demanda solicitando una indemnización por daños y perjuicios a la Administración española. La propia sentencia, al tratar el asunto en su considerando 8º, entiende que: «[...] la concurrencia de una lesión patrimonial y de un

⁹⁸ DIEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática e inactividad...», *op. cit.*, p. 198.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 199 y ss.

¹⁰⁰ STS, Sala 3ª, de 6 de febrero de 1987.

conjunto de hechos relevantes en el proceso causal de aquel resultado lesivo con génesis inmediata en un acto de represalia injustificado, cuales son la información televisiva tomada como pretexto para la represalia y la falta de una efectiva protección diplomática [...] permite que se acoja [...] la demanda de responsabilidad, pues existe una lesión patrimonial [...] no satisfecha por la vía de la protección diplomática, y aunque no entrañe, para el actuar de la Administración española, una conducta normal y menos lícita, es, sin embargo, de las que también justifican una indemnización por conectarse, en un ciclo de causación con hechos imputados al ámbito del quehacer público y causales en aquel proceso, al funcionamiento de los servicios públicos»¹⁰¹.

De esta forma, la argumentación esgrimida en la sentencia viene a reconocer de forma clara y por vez primera la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial a la Administración pública en los supuestos en los que el no ejercicio de la protección diplomática ocasione una lesión patrimonial, entendida como: «[...] un detrimento injusto por el reclamante»¹⁰² al particular.

En este mismo sentido, la STS de 17 de febrero de 1998 reconoció posteriormente que: «La responsabilidad patrimonial del Estado, personalizado en la Administración, como sujeto gestor del presupuesto, abarca la actividad desplegada en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el reconocimiento de un ámbito discrecional a favor de la potestad de discreción política del Gobierno no es obstáculo al carácter indemnizable de los perjuicios singulares que puedan producirse a cargo de los particulares no obligados a soportarlos»¹⁰³.

4.2. Los supuestos en los que cabe la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública

Si bien la STS de 16 de noviembre de 1974 es la que supone un cambio en la línea jurisprudencial seguida hasta entonces, sentencias posteriores de los tribunales españoles han delimitado de una forma más concreta la responsabilidad patrimonial. Así, la SAN de 18 de noviembre de 1999 especifica los supuestos en los que la actuación del Estado podría llegar a dar lugar a responsabilidad entendiendo que: «[...] en el plano del Derecho interno del Estado, al margen del modo en el que deben desarrollarse las relaciones internacionales y de los postulados de Derecho internacional clásico, podemos afirmar

¹⁰¹ STS, Sala 3ª, de 16 de noviembre de 1974, FJ 8º.

¹⁰² STS, Sala 3ª, de 16 de noviembre de 1974, FJ 6º.

¹⁰³ STS, Sala 3ª, de 17 de febrero de 1998, FJ 5º.

que cabe realizar un control jurisdiccional en sede contencioso-administrativa, bien por la falta de actividad del Estado (Asunto J.R, que motivó la presentación de una nota verbal ante la Embajada americana), o por causa de su ejercicio con resultado objetivamente insatisfactorio»¹⁰⁴.

Por tanto, puede inferirse que para determinar la eventual responsabilidad de la Administración por el no ejercicio de la protección diplomática es posible atender a dos supuestos¹⁰⁵:

(i) La inactividad del Estado por el no ejercicio de la protección diplomática, en donde se consolidaría la lesión del particular y se configuraría la responsabilidad de la Administración siempre que el particular previamente hubiera agotado los recursos de orden interno del Estado infractor y, una vez fracasada dicha vía, hubiese solicitado expresa y motivadamente la protección diplomática.

(ii) El ejercicio no adecuado de la protección diplomática. En este supuesto, la responsabilidad habría de configurarse en los supuestos en los que, pese a haberse ejercido la protección diplomática, esta no fue efectiva.

4.3. El nexo causal

El artículo 106.2 de la Constitución, por un lado, y el art. 32.1 de la Ley 40/2015, por otro, establecen como requisito para que proceda el derecho a la indemnización por parte de la Administración pública que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Con base en los citados artículos puede llegarse a la conclusión de que es necesaria la existencia de un nexo causal entre la lesión irrogada al particular por un Estado extranjero y la actuación previa de la Administración española¹⁰⁶. De esta forma, puede afirmarse que la falta de ejercicio de la protección diplomática o su ejercicio ineficaz no bastan *per se* para afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado. Esto es, que la ausencia de ejercicio de la protección diplomática no puede ser reputada como un hecho que por sí mismo engendre la responsabilidad del Estado, porque, de así serlo, se estaría

¹⁰⁴ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio de 1999, FJ 3º.

¹⁰⁵ ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica...», *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁶ REMIRO BROTONS, A et al., *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 475

convirtiendo a la Administración del Estado en un responsable subsidiario de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por otros Estados¹⁰⁷.

4.4. Los requisitos para la exigencia de responsabilidad

La exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración no opera, como se ha apuntado, de una forma automática. Es necesario demostrar la concurrencia de una serie de elementos que permitan a los órganos jurisdiccionales valorar la existencia de culpa por parte del Estado. En este sentido, la jurisprudencia¹⁰⁸ viene a sistematizar en el ámbito concreto del ejercicio de la protección diplomática los requisitos que tribunales y doctrina entienden que han de darse para poder reclamar responsabilidad al Estado. Así, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado son:

- (a) El particular ha de sufrir una lesión en sus bienes o derechos que no tenga la obligación de soportar.
- (b) La realidad del daño evaluable económicamente individualizado, esto es, que el daño sea concreta, real y susceptible de evaluación económica.
- (c) El daño o la lesión patrimonial sufridos por el reclamante ha de ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de forma que la lesión sea imputable a la Administración.
- (d) La existencia de una relación de causa a efecto entre el funcionamiento y la lesión, de forma que ésta no sea consecuencia de un caso de fuerza mayor.

El desarrollo jurisprudencial y doctrinal de estos requisitos, analizando en detalle cada uno de sus elementos, es amplio. No obstante, su estudio se circunscribe en el ámbito del Derecho administrativo y es allí donde se remite el presente trabajo en tanto en cuanto este no es su objeto principal de análisis.

4.5. La responsabilidad patrimonial de la Administración por la celebración de acuerdos de compensación global

Al analizar la institución de la protección diplomática desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español llama la atención el hecho de que los supuestos más

¹⁰⁷ DIEZ-HOCHTLEITNER, J., «Protección diplomática y responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, número 2, 2012, p. 199.

¹⁰⁸ En concreto las SSTs de 29 de diciembre de 1986 y 17 de febrero de 1998.

relevantes y quizá de mayor trascendencia sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en lo que respecta a la reclamación de responsabilidad a la Administración como consecuencia del no ejercicio de la protección diplomática se refieren a expropiaciones de bienes propiedad de nacionales españoles.

La STS de 6 de octubre de 2004 expresa la idea arriba mencionada de la siguiente forma: «[...] la protección diplomática, en bastantes ocasiones, ante la ausencia de norma legal expresa sobre la materia, se desarrolla en nuestro ordenamiento al socaire de Convenios que intentan alcanzar una solución a los problemas derivados de la propiedad de ciudadanos españoles en Estados extranjeros a consecuencia de actuaciones legales de éstos pactando sumas globales que luego son repartidas por el Estado español entre los afectados»¹⁰⁹.

Los casos más destacables sobre convenios de compensación global¹¹⁰ se relacionan con acuerdos adoptados con Marruecos y con Cuba. En ambos casos, los gobiernos de los Estados procedieron a la expropiación de propiedades que nacionales españoles tenían en su territorio. En los dos, los particulares españoles demandaron a la Administración pública al entender que las cantidades percibidas consecuencia del reparto de la indemnización global no bastaban para suplir sus pérdidas económicas. Parte de su argumentación se basaba en afirmar que: «[...] la responsabilidad del Estado es aplicable también a los supuestos de responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal del mismo en la conclusión de convenios o tratados internacionales»¹¹¹.

No obstante, al igual que en el supuesto genérico de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por el ejercicio de la protección diplomática, los tribunales exigen que se cumplan una serie de requisitos específicos que no son sino una concreción de los ya enumerados, esto es, una lesión patrimonial evaluable económicamente debido al funcionamiento de los servicios públicos. En este sentido, la STS de 17 de febrero de 1988 especifica que: «[...] sólo existirá responsabilidad si el Tribunal tiene la convicción de que concurre alguna de las siguientes situaciones:

- (a) Que se ha producido un funcionamiento anormal de la actividad desplegada para la firma del convenio.

¹⁰⁹ STS de 6 de octubre de 2004, FJ 4º.

¹¹⁰ *Vid.* nota al pie núm. 74.

¹¹¹ STS, Sala 3ª de 17 de febrero de 1998, FJ 4º

(b) Que en las condiciones establecidas por éste se ha sacrificado en todo o en parte la posición de las personas afectadas por la expropiación en aras de los intereses generales ligados a las relaciones internacionales de España, con lesión del principio de igualdad de las cargas públicas.

(c) Que mediante la firma del convenio se ha impedido a dichos particulares, en aras de estos mismos intereses u otros de carácter general, el ejercicio de acciones eficaces encaminadas a recuperar la parte de valor de los bienes no obtenida mediante las negociaciones entre ambos Estados»¹¹².

Sin perjuicio de lo anterior, resulta oportuno prestar una atención más detallada a cada uno de los supuestos mencionados dado el interesante análisis jurídico que se deriva de las sentencias relacionadas con la materia.

a) El Convenio entre España y el Reino de Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí

En lo referente al caso marroquí, en virtud del Convenio entre España y el Reino de Marruecos sobre las tierras recuperadas por el Estado marroquí¹¹³, el Gobierno de este Estado se obligó a entregar al Gobierno español una indemnización global, a tanto alzado y como finiquito por la expropiación de determinadas fincas que nacionales españoles poseían en el antiguo protectorado español, que este asumió la obligación de repartir entre los beneficiarios.

Como se ha indicado, este convenio dio lugar a una serie de reclamaciones en sede contencioso-administrativa por parte de los particulares que entendían que las cantidades otorgadas eran inferiores al valor real de mercado de los bienes expropiados sosteniendo, además, que dichas cuantías eran el resultado de una deficiente negociación por parte del Estado español a quien le interesaba seguir manteniendo con el Reino de Marruecos y que, por tanto, había renunciado a obtener una cantidad mayor.

Este conflicto se resolvió en la STS de 17 de febrero de 1998, mencionada anteriormente. Dicha sentencia resulta relevante, en primer lugar, porque como ha quedado reflejado, concreta los requisitos generales de la exigencia de responsabilidad a la Administración al caso concreto de la negociación de un convenio internacional y, en segundo lugar, por la repuesta que dio a los demandantes. Así, tras analizar cada uno de

¹¹² STS, Sala 3ª de 17 de febrero de 1998, FJ 5º.

¹¹³ BOE núm. 244, de 11 de octubre de 1985.

los requisitos expuestos, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que la actividad diplomática del Gobierno había sido normal, adecuada y correcta¹¹⁴ y que: «[...] la sustancial diferencia entre el valor real de los bienes y la suma consignada como finiquito no se debió a un sacrificio particular de la posición de los expropiados en aras del interés general, sino a la imposibilidad objetiva de lograr mediante un proceso de negociación el reconocimiento de una suma superior»¹¹⁵.

b) El Convenio y la Carta Aneja entre España y la República de Cuba

En cuanto a Cuba, el cambio de estructura socioeconómica que se produjo tras la instauración de un régimen revolucionario en el año 1959 dio lugar a una confiscación de bienes a ciudadanos españoles. Tras un proceso de negociación que duró treinta años, el Estado español y el Gobierno de Cuba suscribieron el Convenio y la Carta Aneja de 16 de noviembre de 1986¹¹⁶ en el que se consiguió que el Gobierno de Cuba pagase una indemnización a tanto alzado en concepto de compensación económica por las pérdidas patrimoniales.

En lo relativo a este caso, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones¹¹⁷ en el mismo sentido que la STS de 17 de febrero de 1998. Entiende el tribunal que Gobierno español lo único que pudo hacer es alcanzar una solución que hizo posible que los españoles afectados pudieran percibir unas cantidades que de otra manera no habrían podido recibir de modo alguno – al menos, no mientras el régimen político cubano no cambiara su percepción de las relaciones entre el individuo y el poder público -.

4.6. Otros casos de protección diplomática en la jurisprudencia española

Al margen de estos dos casos que son, como ha indicado en reiteradas ocasiones, los más destacables en lo que respecta a protección diplomática, también pueden traerse a colación diversos pronunciamientos de los tribunales en los que se ha tratado la figura de esta institución. Así, de forma un tanto residual, puede mencionarse la STS de 6 de octubre de 2004, donde se recurre la decisión del MAEC de denegar la protección diplomática a una ciudadana española, casada con un guineano y residente en Guinea Ecuatorial, en relación con la expropiación del Gobierno de Guinea Ecuatorial de parte de una propiedad que había adquirido su marido. En este caso, el tribunal confirma la

¹¹⁴ STS, Sala 3ª de 17 de febrero de 1998, FJ 6º.

¹¹⁵ STS, Sala 3ª de 17 de febrero de 1998, FJ 7º.

¹¹⁶ BOE núm. 67, de 18 de marzo de 1988.

¹¹⁷ SSTs de 10 de diciembre de 2003, 12 de diciembre de 2013, 19 de febrero de 2004 y 30 de junio de 2004.

decisión del MAEC al entender que no existía vulneración del Derecho internacional en tanto en cuanto los actos del Estado de Guinea se dirigieron contra un nacional suyo, pues la finca estaba a nombre del marido- aunque indirectamente hubieran podido causar perjuicios a un extranjero – y que la recurrente tampoco había agotado los recursos internos de Guinea.

De igual forma, puede mencionarse la SAN de 1 de febrero de 2012, que tiene por objeto el recurso interpuesto contra una resolución del MAEC que inadmitió por extemporánea una reclamación de responsabilidad patrimonial por denegación de protección diplomática. La sentencia resulta interesante en tanto en cuanto si bien viene a confirmar la extemporaneidad alegada por el MAEC, lo hace con un fundamento distinto. Para entender el supuesto es necesario en primer lugar recordar que el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹¹⁸ - antiguo artículo 142.5 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹⁹ - establece que el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. El MAEC estimó que la reclamación fue extemporánea con independencia de que se tomara como *dies a quo* la fecha de adopción de su resolución denegando la protección diplomática o la fecha en la que emitió un escrito reiterando su criterio.

No obstante, la Sala de lo Contencioso de la AN consideró que la reclamación de responsabilidad no quedaba ceñida a la negativa de otorgar esa protección, sino a esa negativa y a sus consecuencias, advirtiendo que: «[...] el principio de la *actio nata* impide el inicio del cómputo del plazo de prescripción mientras no se conozcan el alcance del daño y, en general, los elementos fácticos y jurídicos necesarios para el ejercicio de la acción. Por esta razón este efecto va más allá de esa segunda resolución para extenderse a sus consecuencias que se han completado con el fin del procedimiento arbitral sugerido por la Administración y que finalizó mediante el laudo de 11 de julio de 2006. Como la reclamación de responsabilidad patrimonial se presentó el 3 de julio de 2008 es obvia su extemporaneidad tanto si se toma como *dies a quo* del plazo anual antes citado el 25 de marzo de 2003 como el momento en que se dicta el laudo»¹²⁰.

¹¹⁸ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

¹¹⁹ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

¹²⁰ SAN, Sala de lo Contencioso, sección 4ª, de 1 de febrero de 2012, FJ 4º.

IV. CONCLUSIONES

La sociedad internacional del siglo XXI parece hacer frente a una serie de cambios de carácter estructural que reconfiguran el sistema jurídico que la regula. Así, es posible apreciar el auge de nuevos valores sociales que encuentran su plasmación, entre otros ámbitos, en el reconocimiento al individuo de una mayor legitimación activa y de unos derechos sustantivos.

En este contexto de cambio, la institución de la protección diplomática ha tenido que hacer frente a una revisión de su concepto con el fin de convertirse en un mecanismo eficaz de defensa de los individuos. Si bien en el resultado del Proyecto de artículos de la CDI se encuentran reminiscencias a la figura tradicional de la protección diplomática, sobre todo en lo relativo a su concepción, a las condiciones de ejercicio y a la discrecionalidad del Estado, sí que es posible apreciar cierta tendencia de evolución y voluntad de cambio. El ejemplo más claro quizás sea la *práctica recomendada* del artículo 19 o también la inclusión de la posibilidad de ejercer la protección diplomática en personas no nacionales, refiriéndose a los apátridas o a los refugiados. De esta forma, a pesar de mantener en su mayoría el contenido tradicional de la protección diplomática, se aprecia una flexibilización de la institución.

No obstante, es necesario ser conscientes de que la aparición de diferentes fórmulas y mecanismos jurídicos que prevén el reconocimiento de derechos procedimentales a los individuos así como la posibilidad de defender derechos humanos ante organismos internacionales provocan que la protección diplomática se vea sometida a un proceso de sustitución y relegación a un segundo plano, que si bien no convierten a la institución en obsoleta sí que merman en cierta manera su relevancia en el plano internacional.

A pesar de esta aparente disminución de la importancia de la protección diplomática, recordemos que esta sigue siendo relativamente eficaz, porque tal y como expuso DUGARD: «[...] constituye un medio potencial de proteger a millones de extranjeros [...] así como un medio de protección más eficaz para aquellos que tienen acceso a los recursos, frecuentemente ineficaces, establecidos en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos»¹²¹. Así, el abandono de la protección

¹²¹ CDI, *Primer informe sobre la protección diplomática*, John Dugard, Relator Especial, 52º periodo de sesiones, A/CN.4/506, párrafo 29.

diplomática como mecanismo de protección no sería pertinente hasta que la persona adquiriese unos derechos procesales amplios en el ordenamiento jurídico internacional.

Los desafíos a los que ha tenido y que tendrá que hacer frente la protección diplomática para adaptarse a las nuevas exigencias de la sociedad internacional son varios pero, sin duda, el más llamativo desde el punto de vista jurídico es el relativo a la determinación de la naturaleza jurídica misma de la institución. Así las cosas, se entiende que el verdadero desafío de la naturaleza jurídica de la protección diplomática no es la sustitución del Estado por el individuo en la titularidad del derecho de protección diplomática sino el reconocimiento de que existen en régimen de complementariedad dos derechos que se encuentran presentes en la institución: el derecho subjetivo sustantivo del individuo y el correlativo derecho subjetivo de protección del Estado¹²², configurando así un carácter dual de la protección diplomática.

Sin ánimo de ser pesimista en lo que respecta a la institución de la protección diplomática, también ha de ser tenida en consideración la falta de consenso actual de los Estados para adoptar una convención internacional relativa a la materia sobre todo cuando hace diez años que se aprobó el Proyecto de artículos. Esto lleva a algunos autores a criticar la falta de progreso y el no haber avanzado más en la configuración de la protección diplomática como un instrumento de defensa de los derechos humanos¹²³.

En lo que respecta a la visión de la protección diplomática desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español la conclusión a la que se puede llegar es clara. Puede deducirse de la actuación de las autoridades españolas que en la práctica española subyace el concepto clásico de protección diplomática en tanto en cuanto en determinadas ocasiones, como por ejemplo en el supuesto de doble nacionalidad, se aparta incluso del Proyecto de artículos al entender que no existe una práctica internacional consolidada. No obstante, a pesar de esta concepción tradicional, que implica en última instancia el reconocimiento de la protección diplomática como un derecho propio del Estado, el ordenamiento jurídico español ha configurado a través de la jurisprudencia principalmente un sistema de responsabilidad de la Administración pública en los casos de no ejercicio o ejercicio deficiente de la protección diplomática. Por tanto, asistimos a la relativización de la discrecionalidad del Estado al someterse su actuación a un control

¹²² ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica... », *op. cit.*, p. 24.

¹²³ ALCOCEBA GALLEGÓ, A., *La protección diplomática de los Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 104.

jurisdiccional que posibilita, aunque sea de forma indirecta, la satisfacción judicial de los derechos e intereses de los particulares.

En definitiva, puede afirmarse que a pesar de los cambios en la sociedad internacional del siglo XXI que pueden llevar a pensar en la obsolescencia de la institución, la protección diplomática se sigue erigiendo como un instrumento de defensa ante las vulneraciones del Derecho internacional que, si bien es cierto que se desarrolla en un contexto en el que ya existen numerosos mecanismos directos de acción para el particular, sigue siendo considerada como un mecanismo eficaz. No obstante, el debate sobre la protección diplomática aún no está cerrado y queda por ver cómo se resolverá en el seno de la CDI y si los Estados optarán por reformar la institución de tal forma que pueda llegar a responder de forma efectiva a las necesidades que se le plantean o seguirán defendiendo la posición tradicional que, aunque eficaz, corre el riesgo de quedarse obsoleta en esta sociedad cambiante.

V. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES DE CONSULTA

A. LIBROS

— ALCOCEBA GALLEGO, A., *La protección diplomática de los Derechos Humanos: la necesaria reformulación de una institución clásica de Derecho internacional público*, Aranzadi, Navarra, 2017.

— CARRANZA FÖRSTER, S., *La protección diplomática y la práctica española*, Colección Escuela Diplomática nº 11, Escuela Diplomática, Madrid, 2006.

— CRESPO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en el Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

— REMIRO BROTONS, A et al., *Derecho Internacional. Curso genera.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

— VATTEL, E., *The Law of Nations: or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Londres G.G and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797.

B. ARTÍCULOS DOCTRINALES

— ALCOCEBA GALLEGO, A., «Práctica española de protección diplomática y Derechos Humanos: titularidad del derecho y nacionalidad del beneficiario» en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (coord.), *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho español*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009, pp. 213-236.

— ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *Anuario de Derecho Internacional*, volumen 3, 1976, pp. 321-346.

— BENNOUNA M., «La protection diplomatique, un droit de l'État?», en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: paix, développement, démocratie*, Bruyant, Bruselas, 1998, pp. 245-250.

— CONDOLLERI, L., «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique» en FLAUSS, J.-F. (dir.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 2003, pp. 3-28.

— DIAZ BARRADO, C., «Marco normativo de la protección diplomática» en MARIÑO MENÉNDEZ, F., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Catara, Madrid, 2006, pp. 240-279.

— DIEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática e inactividad del Estado: La práctica española» en VVAA., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Editer publicaciones, Madrid, 2005, pp. 187-210.

— DIEZ-HOCHTLEITNER, J., «Protección diplomática y responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, número 2, 2012, pp. 193-199.

— GUTIÉRREZ ESPADA, C., *et al.*, «La responsabilidad patrimonial de los Estados en Derecho Internacional » en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio General y ámbitos sectoriales*, tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 365-467.

— MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el derecho internacional», en CARDONA LLORENS, J. (dir.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Aranzadi, Castellón, 2000, vol. III. pp., 315-362.

— MARTÍN VALERO, A. I., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el ámbito del Derecho Internacional. Especial referencia a la responsabilidad derivada del ejercicio de la protección diplomática y consular» en PASTOR PALOMAR, A., (dir.), *Temas relevantes de Derecho Internacional Público ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 2016, pp. 98-117.

— MIAJA DE LA MUELA, A., «Las situaciones jurídicas subjetivas en derecho internacional público» en *Estudios de derecho internacional público y privado: Homenaje al profesor Luis Sela Sampil*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, pp. 25-50.

— ORTEGA VELÁZQUEZ, E., «Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del Derecho Internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 3-45.

— PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La pratique espagnole de la protection diplomatique» en FLAUSS, J.-F. (dir.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 2003, pp. 109-113.

— QUEL LÓPEZ, F. J., «El agotamiento de los recursos internos. Criterios uniformes de aplicación de la jurisprudencia y de la codificación internacional» en VVAA., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, pp. 339-377.

— QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 341-377.

— TORROJA MATEU, H., «La protección diplomática de los derechos humanos de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas en tensión?», *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LVIII, número 1, 2006, pp. 205-237.

— VERMEER-KÜNZLI, A., «As If: The legal fiction in Diplomatic Protection» *The European Journal of International Law*, vol. 18, número 1, 2007, pp. 37-68.

C. DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL¹²⁴

— *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 58a. sesión, A/61/10, 2006.

— *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 53a. sesión, A/56/10, 2001.

— *Informe preliminar sobre la protección diplomática*, Mohammed Bennouna, Relator Especial, 50º periodo de sesiones, A/CN. 4/484, 1998.

— *Primer informe sobre la protección diplomática*, John Dugard, Relator Especial, 52º periodo de sesiones, A/CN.4/506, 2000.

¹²⁴ Documentos accesibles en <http://www.un.org/law/ILC/>

— *Protección diplomática. Títulos y textos de los proyectos de artículos sobre la protección diplomática adoptados por el Comité de Redacción en segunda lectura*. Doc. A/CN.4/L.684 de 29 de mayo de 2006.

— *Quinto informe sobre la protección diplomática*, John Dugard Relator Especial, 56º periodo de sesiones, A/538, 2004.

D. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL¹²⁵

— Sentencia del TPJI de 30 de agosto de 1924, en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia vs. Reino Unido)*.

— Sentencia del TPIJ de 28 de febrero de 1939, en el asunto *del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia vs. Lituania)*.

— Sentencia del TIJ de 18 de noviembre de 1953, en el asunto *Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*.

— Sentencia del TIJ de 21 de marzo de 1959 en el asunto, *Interhandel (Suiza vs Estados Unidos de América)*.

— Sentencia del TIJ 5 de febrero de 1970, en el asunto relativo a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)*.

— Sentencia del TIJ de 27 de junio de 2001 en el asunto *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América)*.

E. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

— Constitución española de 1978.

— Ley Orgánica del Consejo de Estado, Ley 3/1980 de 22 de abril.

— Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

— Real Decreto 768/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

— STC 107/1992 de 1 de julio (EDJ 1992/7191).

— STC 140/1995 de 28 de septiembre (EDJ 1995/4492).

¹²⁵ Documentos accesibles en www.icj-cij.org

- STS, sala 3ª, de 6 febrero de 1998 (EDJ 1998/489).
- STS, sala 3ª, de 10 de diciembre de 2003 (EDJ 2003/228249).
- STS, sala 3ª, de 12 de diciembre de 2003 (RJ/2004/3869).
- STS, sala 3ª, de 30 de junio de 2004 (RJ/2004/5665).
- STS, sala 3ª, de 6 de octubre de 2004 (RJ/2004/7684).
- SAN, Sala de lo Contencioso, de 18 de junio de 1999 (EDJ 1999/26017).
- SAN, Sala de lo Contencioso, de 1 de febrero de 2012 (ROJ: SAN 295/2012).

F. DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO

- Dictamen núm. 55.426 de 16 de mayo de 1991.
- Dictamen núm. 1496/1991 de 30 de enero de 1992.
- Dictamen núm. 822/1996 de 20 de junio de 1996.
- Dictamen 707/2005 de 14 de julio de 2005.

VI. ANEXOS

1. DICTÁMEN 1496/1991 DEL CONSEJO DE ESTADO

NEXP: 1.496/1991

PROC: ASUNTOS EXTERIORES

ASUN: Reclamación contra los Estados Unidos de América en ejercicio de la protección diplomática del ciudadano español , fotógrafo de prensa fallecido en PANAMA.

FAPR: 30/01/1992

La comisión permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día de la fecha, emitió, por mayoría, el siguiente dictamen:

..DICT:

"En cumplimiento de Orden de 15 de noviembre de 1991, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al caso del fallecimiento del periodista español , ocurrido en Panamá como consecuencia de disparos provenientes de las Fuerzas Armadas norteamericanas, y en el que se plantea la posibilidad de ejercer la protección diplomática frente a los Estados Unidos de América.

De antecedentes resulta que:

1. El 21 de diciembre de 1989, el fotógrafo de prensa español falleció en las cercanías del Hotel Marriott de Panamá a consecuencia de disparos provenientes de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, algunos de cuyos componentes confundieron al parecer la lente alargada del aparato fotográfico que portaba con un arma antitanque de tipo ligero.

2. Obra en el expediente fotocopia de un informe del Comando Sur del Ejército de los Estados Unidos sobre la muerte del Sr. , que le fue entregado al Embajador de España en Washington el 10 de enero de 1990.

La narración de los hechos contenida en dicho informe es la siguiente:

"El 20 de diciembre de 1989 se recibió en el Cuartel General de la Fuerza Operativa Conjunta del Sur (JFTSO) de Fort Clayton información de diversas fuentes en el sentido de que un grupo de civiles, entre los que había varios americanos, se encontraba aislado en el Hotel Marriott de la Ciudad de Panamá y pedían ayuda. La JFTSO ordenó a la 82 División Aerotransportada que enviara una fuerza de rescate para resolver la situación. El Cuartel General de la 82 División Aerotransportada pasó la misión a la Fuerza Operativa 2-504 de infantería (el Hotel Marriott se encontraba en su zona de operaciones). Dos compañías al mando del comandante del batallón localizaron a los huéspedes del Hotel y los reunieron en la planta baja, donde permanecieron durante la noche. A la mañana siguiente, a medida que introducían a los evacuados en dos grandes camiones, varios empleados del Marriott se unieron al grupo de evacuados. Cuando el grupo abandonaba el Marriott, cayeron en una emboscada en la que soldados de las Fuerzas de Defensa de Panamá disparaban armas ligeras y pesadas. Las Fuerzas Norteamericanas devolvieron el fuego y detuvieron el movimiento de evacuados".

"Durante el cruce de disparos, el corresponsal español del periódico de Madrid "El País", , de 32 años, empezó a hacer fotografías. no formaba parte del grupo de evacuados. Probablemente estaba en la calle cuando empezaron los disparos, hecho que no puede confirmarse. Varios soldados norteamericanos vieron a llevando una cámara con un objetivo de gran alcance al hombro cuando corría hacia una zona abierta. Cuando cruzaba la zona abierta, fue alcanzado en el intercambio de disparos entre las Fuerzas de Defensa Panameñas y las Fuerzas Norteamericanas. Según el testimonio de testigos, fue mortalmente herido segundos después de los disparos. Los soldados norteamericanos también informaron que pensaron que el periodista transportaba un arma parecida a un arma antitanque ligera (LAW) o un lanzagranadas propulsado por cohete (RPG). Probablemente, el teleobjetivo/zoom de gran tamaño que llevaba les pareció un arma a algunos soldados".

"Nadie vio al periodista montado en un vehículo. Se le vio corriendo en dirección sur por el lado Este del Hotel con otros dos hombres. Miembros de la compañía D, 2-504 de infantería, vieron cómo resultaba tiroteado durante el fuego cruzado. Fue alcanzado varias veces durante dicho intercambio de disparos. Un médico norteamericano se acercó al periodista minutos después de recibir los disparos y determinó que estaba muerto. Su cuerpo fue recogido por una ambulancia civil aproximadamente una hora después de recibir los disparos y fue conducido al Depósito de Cadáveres de Santo Tomás en la Ciudad de Panamá".

3. El citado informe del Comando Sur del Ejército de los Estados Unidos le fue entregado al Embajador español en Washington por , Secretario Adjunto para Asuntos Interamericanos.

El Embajador dio cuenta de la reunión mantenida con el Sr. en telegrama de fecha 11 de enero de 1990.

En dicha reunión el Sr. puntualizó "que el informe no había podido precisar si los disparos que acabaron con la vida del Sr. provenían de los soldados norteamericanos o de las Fuerzas de Defensa

de Panamá." Sin embargo, en todo caso "estaban dispuestos a asumir que los autores de los disparos habían sido los norteamericanos".

Además, "lamentaban profundamente la muerte del Sr. , pero había que ser consciente de que este tipo de sucesos entra dentro de los peligros profesionales de un reportero de guerra".

4. Se lee en la Orden comunicada de V.E. que "los padres del periodista fallecido reclamaron formalmente al Departamento de Defensa de los Estados Unidos el abono de una indemnización".

Tal solicitud se desestimó por el Servicio de Reclamaciones del Comando Sur del Ejército de los Estados Unidos mediante resolución de 10 de agosto de 1990, que le fue comunicada al despacho de abogados de Washington, al que habían acudido los padres del Sr.

Decía la resolución desestimatoria que una Comisión de tres miembros se encargó de juzgar la reclamación formulada por los padres del Sr. y que se había realizado una investigación exhaustiva sobre las circunstancias que rodearon los hechos.

La investigación reveló que no figuraba entre las personas que estaban siendo evacuadas del Hotel Marriott de la Ciudad de Panamá, "sino que más bien se encontraba en el lugar de los hechos para informar de los acontecimientos según iban sucediendo". De este modo, "mientras se hallaba entre las fuerzas de defensa panameñas, transportando un trípode al hombro, fue alcanzado por disparos cuando las tropas norteamericanas devolvían el fuego".

Terminaba la resolución del siguiente modo:

"Aunque la muerte por disparos hubiera ocurrido de la forma afirmada por ustedes, y las tropas norteamericanas hubieran disparado por error contra sí mismas, la Comisión no estaría autorizada a pagar la reclamación de sus clientes, dado que el Sr. resultó muerto por disparo en acción de combate. De acuerdo con las leyes aplicables y el Reglamento de Reclamaciones del Ejército, AR 27-20, el Ejército de los Estados Unidos no está autorizado para indemnizar daños materiales o personales ni muertes que resulten de acciones de combate. Por tanto, esta Comisión debe desestimar la reclamación de los padres del Sr.".

5. El 22 de mayo de 1991 , del bufete , dirigió una carta a , abogado de los padres del Sr. , de la que obra copia en el expediente.

Comienza así la carta:

"Nos ha informado Vd. que el Gobierno español ha planteado la cuestión del agotamiento (de los recursos internos). Como ya hemos indicado anteriormente, creemos que hemos agotado todas las vías legales disponibles para obtener una indemnización del Gobierno de los Estados Unidos por causar la muerte de en Panamá. Hemos presentado en el Departamento del Ejército una reclamación formal contra el Gobierno de los Estados Unidos. El Ejército ha desestimado nuestra reclamación basándose en que el Ejército de los Estados Unidos no está autorizado a indemnizar en razón a una muerte sucedida a consecuencia de acciones de combate".

Continúa el Sr. exponiendo que la Ley de responsabilidad patrimonial de la Administración Federal (Federal Tort Claims Act) excluye expresamente la posibilidad de reclamar a los Estados Unidos por actos ocurridos en países extranjeros o por daños que se produzcan en combate. De otro lado, la Ley de reclamaciones militares (Military Claims Act), a cuyo amparo puede reclamarse por daños causados por las Fuerzas Armadas norteamericanas en el extranjero, también excluye de su ámbito los daños sufridos en combate.

En consecuencia, la decisión del Ejército de no indemnizar a los padres de por un daño causado por soldados norteamericanos en combate es conforme al Derecho de los Estados Unidos. Por lo demás, esta decisión es definitiva, de acuerdo con el Código de los Estados Unidos, 10, artículo 2735.

Añade la carta del Sr. que un Tribunal Federal de los Estados Unidos había desestimado recientemente varias demandas relativas a la actuación militar norteamericana en Panamá. Una de ellas derivaba de daños personales y muerte sucedidos en Panamá.

El pronunciamiento del Tribunal se basaba en una petición de desestimación formulada por el Gobierno de los Estados Unidos, en la que se argumentaba que el Tribunal carecía de jurisdicción sobre la materia, porque los Estados Unidos no habían renunciado a su inmunidad soberana en punto a la reclamación de que se trataba.

Estima el Sr. que "cualquier acción que presentemos probablemente será también desestimada." Esta conclusión resulta relevante en orden al agotamiento de los recursos internos como requisito para el ejercicio de la protección diplomática. En efecto, el cumplimiento de tal requisito no exige que se sigan vías judiciales que hayan de resultar inútiles. Y el bufete no tiene conocimiento de ningún procedimiento judicial en el que los Tribunales hayan condenado a los Estados Unidos a indemnizar daños derivados de acciones de combate.

Concluye la carta que "la indemnización por los Estados Unidos de tales daños acaba siendo una cuestión política y la única solución consiste en ejercer presión política sobre la Administración de los Estados Unidos o sobre el Congreso".

En suma, que ha de entenderse que los recursos internos se han agotado y que "debemos contemplar soluciones políticas basadas en los largos lazos de amistad y colaboración de España y los Estados Unidos".

6. Remitido el expediente al Consejo de Estado, este Alto Cuerpo Consultivo solicitó con fecha 23 de julio de 1991 que se completara con los documentos que acompañaban como anexos a la carta del despacho de abogados

Entre dichos documentos figuraban copia de la demanda y de la sentencia del Tribunal Federal de los Estados Unidos a que la propia carta alude, así como copia de la petición de desestimación formulada en dicho procedimiento por el Gobierno de los Estados Unidos.

El 15 de noviembre de 1991 volvió el expediente a este Consejo de Estado, una vez completado de la forma interesada.

7. La demanda mencionada en la carta del Sr. se presentó en el Tribunal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia. Los seis demandantes fundaban sus pretensiones indemnizatorias en distintos daños que habían sufrido de resultas de la intervención militar norteamericana en Panamá que comenzó el 20 de diciembre de 1990. Uno de ellos había perdido a su marido y otro a su hijo.

La petición de desestimación de la demanda se formuló por la representación letrada del Gobierno de los Estados Unidos.

En el orden procesal, la petición de desestimación se fundaba en la carencia de jurisdicción del Tribunal en la materia. Esa falta de jurisdicción se deducía de la inexistencia de una vía procesal idónea para tramitar las aludidas pretensiones indemnizatorias.

En lo relativo al fondo, la representación letrada del Gobierno de los Estados Unidos sostenía que los demandantes planteaban una cuestión política no justiciable. Exponía dicha representación la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre las llamadas "cuestiones políticas", que son cuestiones que quedan excluidas de la revisión jurisdiccional por referirse a decisiones pertenecientes al Congreso o al Ejecutivo.

En este sentido, los problemas relativos a los asuntos exteriores y a la seguridad nacional habían de entenderse exclusivamente confiados a las ramas políticas del gobierno y, por tanto, inmunes al control jurisdiccional.

8. La Sentencia del Tribunal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia lleva fecha 30 de abril de 1991 y en ella se desestima la antes aludida demanda por entender que plantea una cuestión política no justiciable. El caso se cita bajo el nombre de Maricela McFarland et al. v. Richard B. Cheney et al.

Para los fundamentos completos de este pronunciamiento desestimatorio, el Tribunal remite al apartado B de otra Sentencia que dicta el mismo día 30 de abril de 1991, y de la que también obra copia en el expediente.

Mediante dicha otra Sentencia, el Tribunal del Distrito de Columbia desestima la demanda interpuesta contra los Estados Unidos por tres sociedades panameñas cuyas propiedades resultaron destruidas durante la tantas veces aludida intervención militar norteamericana.

En el apartado B de esta Sentencia se recoge la doctrina de las "cuestiones políticas" como fundamento del fallo desestimatorio.

Citando el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Baker v. Carr, 369 US 186 (1962), la Sentencia recuerda que tanto el principio de separación de poderes como la política de autolimitación judicial requieren que los tribunales federales no se inmiscuyan en áreas que la Constitución encomienda a las ramas legislativa y ejecutiva del Gobierno. Y es claro que a dichas ramas corresponden las decisiones relativas a la seguridad nacional y al uso de las fuerzas armadas.

Por último, cita también el Tribunal en apoyo de su tesis, y entre otros casos, uno relativo al derribo por la Marina de guerra estadounidense de un avión de línea iraní en aguas del Golfo Pérsico (Nejad v. United States, 724 F. Supp. 753, 754, C.D. Cal. 1989). El Tribunal encuentra que los hechos que ha de juzgar son comparables a los del caso Nejad v. United States, en el que también se acudió a la doctrina de las "cuestiones políticas."

9. Se encuentra en el expediente un acta en la que se da cuenta de la comparecencia en el Ministerio de Asuntos Exteriores, el 12 de septiembre de 1991, de y de , padres del fallecido

Dichos señores manifestaron "estar en condición económica precaria y que su hijo , soltero y sin descendencia, contribuía a subvenir a sus necesidades, por lo que su muerte, además de haberles producido un profundo daño moral, les ha ocasionado serios perjuicios económicos; que son tales razones y la naturaleza injustificable de la muerte de su hijo las que les indujeron a presentar una reclamación ante la Administración de los Estados Unidos y, una vez fracasada la misma, a instar de su abogado Sr. a que solicitase del Ministerio el ejercicio de la protección diplomática a fin de obtener de la Administración de los Estados Unidos la correspondiente reparación, a la que se creen con justo derecho".

Por lo demás, "los señores concretan su reclamación en la cantidad de 1.000.000 de dólares por daños morales y perjuicios patrimoniales. Esa fue la suma reclamada a la Administración de los Estados Unidos".

10. En la Orden comunicada que encabeza el expediente, V.E. se refiere a las consideraciones formuladas por los abogados norteamericanos de los padres del Sr. y deduce de ellas "que no habiendo recursos judiciales por agotar los particulares agraviados cumplieron con el requisito de agotamiento de los recursos internos y que, por ende, la protección diplomática cumple con tal exigencia de admisibilidad".

A continuación, expone V.E. lo siguiente:

"En cuanto al fondo de la cuestión, entiende este Ministerio que el disparo que causó la muerte a constituye un ilícito internacional, toda vez que vulneró un arraigado y elemental principio del llamado Derecho Internacional Humanitario (o Derecho Humanitario Bélico) que prohíbe atacar a las personas no combatientes. Tal principio figura incorporado al artículo 51.2 del Protocolo I de 11 de diciembre de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las víctimas de los conflictos armados internacionales, que dice así:"

"No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles".

"Por su parte, el artículo 79 del mismo Protocolo es aún más preciso respecto al caso que nos ocupa cuando establece que los periodistas "que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas del conflicto armado serán considerados como civiles y serán protegidos como tales de conformidad con los Convenios y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil".

"Y si bien resulta cierto que Estados Unidos no es parte en el Protocolo en cuestión, hay que subrayar que el principio de respeto a la población y personas civiles forma parte de los "principios generales básicos de Derecho Humanitario" a los que se refirió el Tribunal de La Haya en la Sentencia de 27 de junio de 1986 (caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella; Nicaragua contra Estados Unidos, C.I.J., Recueil 1986, p. 113). En todo caso, del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 -en las que sí son parte Estados Unidos- resulta nítidamente la prohibición de atentar contra la vida de las personas que no participen directamente en las hostilidades".

Por último, y en lo que hace a la cuantía de la indemnización que ha de reclamarse a los Estados Unidos, V.E. estima razonable la cantidad de un millón de dólares, que es la solicitada por los padres del fallecido a las autoridades norteamericanas.

En tal estado el expediente, V.E. lo remite al Consejo de Estado para consulta.

I. La primera cuestión que se aborda en la Orden comunicada de V.E. es la del agotamiento de los recursos internos, que, por lo demás, aparece ampliamente documentada en el expediente.

Es sabido que la jurisprudencia y la doctrina internacionales establecen como requisito del ejercicio de la protección diplomática el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento del Estado contra el que se pretenda interponer reclamación.

Quiere ello decir que, antes de exigir responsabilidad a un Estado por la vía internacional, debe haberse dado a ese Estado la oportunidad de remediar en el marco de su propio ordenamiento el daño por el que se proyecta reclamar.

Puede incluso llegarse más lejos en el razonamiento, y concluir, con numerosos autores, que la responsabilidad del Estado por daños inferidos a un individuo sólo surge cuando se han agotado los recursos internos y el individuo ha sufrido una denegación de justicia.

II. Existen, sin embargo, casos en los que no es necesario agotar los recursos previstos por la legislación del Estado causante del daño.

De este modo, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso *Panevezys-Saldutiskis* (C.P.J.I., Serie A/B, número 76, p. 18), declaró que "puede no ser necesario recurrir a los tribunales internos si éstos no tienen jurisdicción para dar reparación".

Estima el Consejo de Estado que de lo expuesto en los antecedentes de este dictamen se deduce que el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos no otorga a los Tribunales Federales jurisdicción para conocer de pretensiones indemnizatorias derivadas de daños causados por acciones bélicas.

Así resulta con particular claridad de la Sentencia de 30 de abril de 1991 del Tribunal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, dictada en el caso *Maricela McFarland et al. v. Richard B. Cheney et al.*

Dicha Sentencia desestimó una demanda en la que se habían acumulado diversas pretensiones, y dos de ellas estaban basadas en hechos muy semejantes a los que causaron el fallecimiento de El fundamento de la desestimación puede describirse de modo sintético y expresivo diciendo que para el Tribunal la demanda planteaba una cuestión política no justiciable.

La doctrina de las "cuestiones políticas", formulada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, establece un criterio para la distribución de competencias entre los órganos constitucionales norteamericanos sobre determinadas materias.

Dicho criterio da lugar a una delimitación parcial del ámbito de la jurisdicción de los Tribunales Federales, del que se excluyen pretensiones como la deducida por los padres del Sr.

Por otro lado, la representación letrada del Gobierno de los Estados Unidos en el caso *McFarland et al. v. Richard B. Cheney et al.* sostuvo la tesis de la falta de jurisdicción del Tribunal del Distrito de Columbia.

En vista de lo cual no le sería dado a dicho Gobierno argumentar que en el presente caso no se han agotado los recursos internos. Recuérdese, en este sentido, y por su relevancia ilustrativa, que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso de la fábrica de Chorzów, negó que pudiera alegar la excepción de no agotamiento de los recursos internos el Estado que hubiese impedido su utilización (C.P.J.I., Serie A, número 9, pp. 25-31).

Por último, conviene no olvidar que los padres de hicieron uso de un recurso interno estadounidense, en cuanto que se dirigieron, infructuosamente, al Departamento del Ejército.

III. Cabe añadir que la situación constitucional norteamericana derivada de la doctrina de las "cuestiones políticas" ofrece una importante justificación preliminar para el ejercicio de la protección diplomática en el caso de que se trata.

En efecto, dicha situación resulta en una inhibición de los tribunales en la que hay que ver, más que una denegación de justicia, una indicación de la preferencia de los Estados Unidos por el tratamiento político y no judicial de los problemas como el que aquí se contempla.

Por ello, no es forzado argumentar que al ejercer la protección diplomática España se limitaría a seguir la referida indicación constitucional con el irreprochable propósito de obtener una solución jurídica que tenga en cuenta el fondo del problema, y que se adopte en la esfera política e internacional, de acuerdo con la opción escogida por el propio sistema constitucional de los Estados Unidos.

IV. El análisis que del fondo del asunto se hace en la Orden comunicada que encabeza el expediente es sintético y acertado.

No cabe duda de que existe un principio general del Derecho internacional humanitario que prohíbe que la violencia bélica se dirija contra personas civiles, como lo era De este modo, es fácil concluir que su muerte, causada por fuerza armada norteamericana, constituyó un ilícito internacional imputable a los Estados Unidos.

Este planteamiento debe, sin embargo, completarse con la toma en consideración de un importante elemento de toda relación jurídica de responsabilidad por acto ilícito: la culpa, cuya mayor o menor gravedad servirá para determinar el grado de la responsabilidad que haya de exigirse.

Inspirándose en los términos del artículo 57 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, cabe decir que aquí se trata de dilucidar hasta qué punto las tropas americanas que intervinieron en los hechos de referencia pusieron el cuidado y la diligencia debidos y adoptaron las precauciones necesarias para verificar que los objetivos que atacaban no eran personas civiles.

Puede presumirse por ello, a la vista de la narración de los mencionados hechos y la valoración de las circunstancias que los rodearon, que la existencia de una culpa por parte de las fuerzas armadas norteamericanas y la calificación de su gravedad serán el trasfondo, en su dimensión más jurídica, de las gestiones a realizar y de las controversias a solventar en el plano político y diplomático.

V. La medida de la indemnización que debe reclamarse del Estado responsable del ilícito viene dada por los daños sufridos por la víctima y por sus herederos, y por la gravedad de la responsabilidad de que se trate.

VI. Finalmente, puede resultar útil completar lo expuesto con alguna información sobre la práctica seguida por los Estados Unidos en el otorgamiento de indemnizaciones por daños causados por sus fuerzas armadas en dos episodios bélicos recientes, uno de los cuales aparece mencionado en los antecedentes de este dictamen.

Así, cabe señalar que en el caso del derribo del avión de línea iraní que realizaba el vuelo de Iran Air 655 por el crucero norteamericano U.S.S. Vincennes el 3 de julio de 1988, los Estados Unidos negaron haber incurrido en responsabilidad legal internacional, pero, como concesión graciable, se brindaron a compensar a las familias de las víctimas. Las cantidades ofrecidas eran de 250.000 dólares por cada víctima que percibiera un sueldo por trabajo a tiempo completo y de 100.000 dólares por cada una de las demás víctimas (Declaración del Vicesecretario adjunto de Estado para Asuntos Públicos de 17 de julio de 1989).

De otro lado, y, al parecer, los Estados Unidos otorgaron, con el mismo carácter graciable, indemnizaciones que ascendieron a 1.600.000 dólares a un conjunto de individuos que habían sufrido daños personales o materiales durante la intervención militar norteamericana en la isla de Granada en 1983.

Y, en virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que en el presente caso resulta fundado el ejercicio por España de la protección diplomática ante los Estados Unidos de América en razón del fallecimiento de "

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 30 de enero de 1992.

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE ASUNTOS EXTERIORES.